

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS
AVALIKU ÕIGUSE INSTITUUT

Kadi Laanemäe

KAEBEÕIGUSE EELDUSED EUROOPA LIIDU JA EESTI RIIGIHANKEÕIGUSES
Magistritöö

Juhendajad
dots Carri Ginter
mag iur Triin Väljaots

Tallinn
2015

Sisukord

Sisukord.....	2
Sissejuhatus	3
1. Kaebeõigus Euroopa Liidu riigihankeõiguses.....	5
1.1. Üldised põhimõtted.....	5
1.2. Kaebeõigust omav isik.....	7
1.3. Põhjendatud huvi	14
1.4. Vaidlustatav otsus või tegevus.....	23
1.5. Kaebetähtaeg.....	26
1.6. Vahekokkuvõte	30
2. Kaebeõigus Eesti riigihankeõiguses	33
2.1. Haldusõiguse põhimõtete kohaldamine	33
2.2. Pakkujale esitatud kriteeriumide täitmine.....	35
2.3. Hankelepingu sõlmimise võimalus põhjendatud huvi eeldusena	41
2.4. Kaebeõigus kaebuse esitamise hetkel	53
2.5. Vahekokkuvõte	56
Kokkuvõte	58
Premises for challenge in the public procurement review procedure according to European Union and Estonian law.....	62
Kasutatud kirjandus	65
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	70

Sissejuhatus

Riigihangetega seonduv problemaatika on väga mitmekülgne, pakkudes isegi valdkonna ühe aspekti raames mitmekesisid teemapüstituse võimalusi. Nii on vaidlustusmenetlusega seonduv problemaatika vaatamata viimastel aastatel kirjutatud temaatilistele magistritöödele jätkuvalt aktuaalne. Näiteks Kärt Saar on 2014. aastal uurinud lähemalt vaidlustamise õiguse kuritarvitamist ning võimalikke lahendusi hankemenetluse peatamise, menetluskulude jaotamise ja vaidlustuse esitamisega kaasnevate riigilõivude kaudu¹. Samast aastast pärineb veel üks magistritöö, milles on võrreldud hankeasjade menetluse erisusi vaidlustuskomisjonis ja halduskohtus² ning 2013. aastal on Tartu Ülikoolis kaitstud magistritöö, milles keskenduti vaidlustuskomisjoni õigusliku seisundi ning menetluspraktika uurimisele³.

Ka käesolev magistritöö on seotud hankemenetluses vaidlustuste esitamise küsimusega, kuid keskendub kaebeõiguse teostamise eelduste uurimisele nii Euroopa Liidu (EL) kui Eesti riigihankeõiguses. Kuna kaebeõiguse küsimus eraldiseisvana ei ole hankeasjade vaidlustus- ja kohtupraktikas just sageli keskseks vaidluse esemeks, ei ole praktikas välja kujunenud selget teadmist hankemenetluses kaebeõiguse teostamise eelduste ja nende piiride kohta. Seetõttu ongi kaebeõiguse teostamise eelduste uurimine valitud käesoleva töö temaks.

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kuidas on sisustatud uuritavad kaebeõiguse eeldused Euroopa Liidu riigihankeõiguses ja kohtupraktikas ning kas Eesti vaidlustuspraktika on kaebeõiguse küsimustes kooskõlas EL riigihanke regulatsioonidega ja Euroopa Kohtu vastava praktikaga. Töös püstitatakse kaks hüpoteesi. Esimese hüpoteesi kohaselt tuginetakse Eesti vaidlustusmenetluses kaebeõiguse küsimuste lahendamisel olulisel määral haldusõiguslikele põhimõtetele, mis piirab pakkujate õiguskaitse efektiivsust. Teise hüpoteesi järgi säilib hankemenetluses osalenud pakkujal põhjendatud huvi hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks ka pärast seda, kui ta on hankija otsusega hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud või tema pakkumus on tagasi lükatud.

Euroopa Liidu liikmesriigile omaselt tugineb Eestis riigihankeõigus Euroopa Liidu poolt kehtestatud reeglitele, mistõttu on Euroopa Liidu riigihankeõiguse ja vastava kohtupraktika

¹ Saar, K. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2014.

² Lepik, L. Hankeasja vaidlustusmenetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis ja halduskohtus ning nende vastavus Euroopa Liidu riigihankeõigusele. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2014.

³ Teelahk, A. Riigihangete vaidlustamine vaidlustuskomisjonis: menetlus ja praktika (2008-2011). Tartu Ülikool, 2013.

käsitlemine käesoleva magistritöö keskne ja lahutamatu osa. Lähtudes eeldusest, et töö lugeja valdab EL riigihankeõiguse üldist tausta ning algallikaid, jäetakse vahele tutvustus EL alusdokumentide rollist riigihankeõiguse kujunemisel ning töö jaguneb kaheks peatükiks. Esimene peatükk juhatatakse sisse EL riigihankeõiguses kehtestatud õiguskaitsemeetmete direktiivide ja sealt tuleneva kaebeõiguse ja selle teostamise eelduste määratlemise tutvustamisega ning riigihankeõiguses kaebeõigusele iseloomulike põhimõtete lühikese selgitamisega. Pikemalt peatutakse kaebeõigust omava isiku mõiste ja põhjendatud huvi sisustamisel riigihankeõiguse kontekstis ning eraldi käsitletakse ka teiste kaebeõiguse teostamise oluliste eelduste määratlemist nagu kaebetähtaeg ning vaidlustatavad hankija otsused või tegevused.

Teise peatüki keskmes on kaebeõiguse eelduste sisustamine Eesti riigihankeõiguses ning selle võrdlemine EL riigihankeõigusega. Kuivõrd Eesti riigihankeõiguse vaidlustuspraktikas ei esine kõikide kaebeõiguse teostamise eelduste küsimustes märkimisväärset problemaatikat, pälvib peatükis enim tähelepanu autorile meelepäraseks kujunenud põhjendatud huvi temaatika. Peatükki läbivad Eesti ja EL praktika võrdlused ning seosed, mille põhjal hinnatakse Eesti vaidlustuspraktika vastavust ja õiguspärasust Euroopa Liidu riigihankeõiguse ning vastava kohtupraktika valguses.

Peamiste allikadena on magistritöös kasutatud Euroopa Liidu riigihankeõiguse regulatsioone ning Euroopa Kohtu asjakohast praktikat. Lisaks on uuritud riigihankeõiguse asjatundjate kaebeõiguse alaseid seisukohti erialakirjanduses ning asjassepuutuvates teadusartiklites. Praktiliste näidete valimi liikmesriikide praktikast on tinginud asjaolu, et need on riigihankeõiguse valdkonna kirjanduses ja muus teabes esile tõusnud kui märkimist väärivad näited kaebeõiguse teemal. Teise peatüki oluliseks allikmaterjaliks EL õiguse ja praktika kõrval on Eesti riigihangete seadus ning riigihangete vaidlustuskomisjoni (VAKO) ja kohtute praktika kaebeõiguse küsimustes. Töö eesmärkide saavutamiseks on kasutatud empiirilist analüüsi ja võrdlevat meetodit.

Töös on erinevates vormides läbivalt kasutatud mõistet „hankemenetlusest välja arvama“. Tegemist on autori enda algatusel loodud mitteametliku terminiga, mis on käesolevas magistritöös mõeldud tähistama üheaegselt koos nii hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud kui ka tagasi lükatud pakkumuse esitanud pakkujat. Alternatiivse väljendi „hankemenetlusest kõrvaldatud pakkujad“ kasutamine oleks eksitav, kuivõrd mõistel kõrvaldamine on hankemenetluse kontekstis juba kindel tähendus olemas.

1. Kaebeõigus Euroopa Liidu riigihankeõiguses

1.1. Üldised põhimõtted

Riigihangete korraldamist reguleerivad Euroopa Liidus hetkel kaks direktiivi: direktiiv 2004/18/EÜ⁴, mis reguleerib nn klassikalise sektori hankeid, mis moodustavad suurema osa läbiviidavatest hangetest; direktiiv 2004/17/EÜ⁵, mis reguleerib võrgustikega seotud valdkondade teenuste hankeid (edaspidi koos nimetatuna ka *riigihankedirektiivid*). 17.04.2014 jõustusid uued EL riigihanke direktiivid, millega kaasneb liikmesriikidele kohustus need kahe aasta pärast siseriiklikusse seadusandlusesse üle võtta. Senise kahe direktiivi asemel hakkab kehtima kolm direktiivi, millest direktiiv 2014/24/EL reguleerib riigihankeid⁶, direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimist⁷ ning direktiiv 2014/25/EL võrgustikega seotud valdkondade teenuste hankeid⁸. Nii praegu kehtivate kui tulevikus jõustuvate uute direktiivide siseriikliku kohaldamise tagamiseks on EL kehtestanud eraldi õiguskaitsemeetmete direktiivid 89/665/EMÜ⁹ nn klassikalise sektori hangete jaoks ja 92/13/EMÜ¹⁰ nn võrgustikuga seotud teenuste hangete jaoks (edaspidi ka *õiguskaitsemeetmete direktiivid*), mida muudeti riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas oluliselt direktiiviga 2007/66/EÜ¹¹ (edaspidi ka *uus õiguskaitsemeetmete direktiiv*). Õiguskaitsemeetmete direktiivides kehtestatud meetmed peavad võimaldama hankemenetluses osalejatele riigihankedirektiividest tulenevate õiguste kaitse. Kuna kaebeõiguse sätted on mõlemas õiguskaitsemeetmete direktiivis sarnased, viidatakse käesolevas töös kaebeõiguse käsitlemisel peamiselt direktiivi 89/665/EMÜ sätetele, mida on muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ (edaspidi viidatud kui direktiivi 2007/66/EÜ sätted). See direktiiv kehtestab EL

⁴Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31.03.2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta ELT L 134, lk 114.

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetluste kooskõlastamise kohta. ELT L 134, 30.04.2004, lk 1.

⁶Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. ELT L 94, 28.03.2014, lk 65-242.

⁷Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64.

⁸Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374.

⁹Nõukogu Direktiiv 86/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. ELT L 395, 30.12.1989, lk 0033-0035.

¹⁰Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. ELT L 076, 23.03.1992, lk 0014-0020.

¹¹Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. ELT L 335, 20.12.2007, lk 31.

riigihankeõiguses kaebeõiguse alused klassikalise sektori hangetes, mis moodustavad enamuse kõikidest läbiviidavatest hangetest ja seetõttu ei ole vajalik läbivalt kasutada viiteid mõlemale õiguskaitsemeetmete direktiivile.

Keskne kaebeõiguse definitsioon on sätestatud direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1(3), mille järgi peavad liikmesriigid tagama, „*et läbivaatamise kord koos üksikasjalike eeskirjadega, mida nad võivad kehtestada, oleks kättesaadav mis tahes isikule, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.*“. Seega on kaebeõiguse teostamisel esmalt oluline kvalifitseeruda isikuks kellel on või on olnud huvi hankelepingu vastu (kaebeõigust omav isik) ning tõendada oma huvi konkreetse lepingu vastu (põhjendatud huvi olemasolu).

Veel tuleneb direktiivi 2007/665/EÜ artiklist 1(3) liikmesriikidele kohustus tagada vajalikud meetmed selleks, „*et tellijate¹² otsuseid saaks läbi vaadata tõhusalt ning eelkõige võimalikult kiiresti /.../ kui põhjenduseks on kõnealuste ostsuste vastuolu riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide või seda õigust rakendavate siseriiklike eeskirjadega.*“. Sellest sättest nähtub, et kaebeõiguse teostamiseks on lisaks huvitatud isiku mõiste tähendusele vajalik teada ka seda, mida käsitletakse vaidlustatava hankija otsus või tegevusena ning mida peetakse silmas tõhusa ja kiire läbivaatamise all. Enne loetletud mõistete uurimise juurde asumist on asjakohane kirjeldada ka mõningaid hankemenetluses kaebeõigusega seotud üldisi põhimõtteid.

Esmalt on oluline meeles pidada, et hankemenetluses on üheks keskseks põhimõtteks hankija tegevuse kontrollimine. Kuivõrd EL riigihankedirektiivide regulatsioon on suunatud turumajandusele ja tõhusa konkurentsi tagamisele ning riigihankeid viivad üldjuhul läbi riigiasutused, ei seisne kaebeõiguse mõte siin mitte niivõrd isiku kaitsmises riigi omavoli vastu, nagu see on iseloomulik haldusõigusele, vaid kannab olulisel määral hankija tegevuse kontrollimise funktsiooni asjade ja teenuste ostmisel. Riik hangib asju ja teenuseid suures mahus ning see avaldab tuntavat mõju majandusele, mis tähendab, et hankijal võib olla võimalik oma ostudega riigi ja EL piires ka liidu majandust oluliselt mõjutada ning seda mõju kuritarvitada. Kaebeõiguse kontrollifunktsioon teenib hankemenetluses seega turul tegutsevate pakkujate võrdse kohtlemise, ausa konkurentsi tagamise ning riigi finantside läbipaistva ja otstarbeka kasutamise tagamise eesmärki, mis tähendab laiemalt kogu ühiskonna huvide

¹² Sõna „tellija“ tähistab kõnealuses sättes hankijat, eestikeelses direktiivi tekstist on tegemist tõlkimisest tuleneva ebatäpse sõnakasutusega.

kaitset. Seega ei ole kaebeõigusega kaitstavad mitte ainult isikule riigihankeõigusest tulenevad subjektiivsed õigused, vaid ühiskondlikud huvid laiemalt.

Teiseks tuleb arvestada, et hankemenetluses on kaitstavaks huviks õiguspärase hankelepingu sõlmimise võimalus, mis tähendab, et kaebeõiguse olemasolu sõltub sellest, kas isik oma eelduste ja seisundi poolest põhimõtteliselt võiks pakutavat hankelepingut täita.

Kolmas põhimõtte on seotud kaebeõiguse teostamise ajaliste piirangutega. Hankemenetlus on väga kindlate protseduuridega piiritletud protsess, mida läbitakse etappide kaupa. Kiire ja sujuva menetluse huvides on kaebeõiguse teostamine menetluse käigus piiratud lühikeste kaebetähtaegadega, et rõhutada ka hankemenetluse eesmärgi saavutamise olulisust. See tähendab, et kaebeõiguse teostamisega kaasneb alati küsimus hankemenetluse õiguspärasuse põhimõtte ning hankemenetlusega saavutatava eesmärgi omavahelisest võistlevusest.

1.2. Kaebeõigust omav isik

Direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1 (3) sõnastatakse kaebeõiguse teostamiseks piisavat huvi omavate isikute ring järgnevalt:

*„Liikmesriigid tagavad, et läbivaatamise kord koos üksikasjalike eeskirjadega, mida nad võivad kehtestada, oleks kättesaadav mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu **või** kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kahju kannatada.“*

Siinkohal on oluline viidata sama sätte originaalkeelsele sõnastusele, millest eestikeelne tõlge erineb ühe sõna võrra, kuid muutub sellega oma sisult eksitavaks. Direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) inglisekeelse versiooni kohaselt:

*„Member States shall ensure that the review procedures are available, under detailed rules which the Member States may establish, at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract **and** who has been or risks being harmed by an alleged infringement.“¹³*

¹³ Direktiivi 2007/66/EÜ inglisekeelne tekst, elektrooniliselt kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:EN:PDF> Otsing teostatud 11.08.2014

Tõlgetes sisalduva erinevuse tähtsus seisneb selles, et originaaltekstist lähtuvalt on õigustatud isikul põhjendatud huvi olemasolu jaoks vajalik lepingu sõlmimise huvi ja kahju tekkimise riski üheaegne olemasolu. Eestikeelse sõnastuse järgi võib jõuda järeldusele, et loetletud eeldused ei ole kumulatiivsed, mis aga võib viia ekslike sammudeni kaebeõiguse teostamisel.

Õigustatud isikuks loetakse direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) kohaselt seega mistahes isikut, kellel on või on olnud huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Sõnastus jätab õigustatud isiku mõiste tõlgendamise piirid üsna avaraks, kuid need on siiski piiratumad kui fraas „mistahes isik“ lubab arvata. Juba viidatud artikkel sedastab, et lisaks huvi olemasolule hankelepingu sõlmimise vastu peab isik kaebeõiguse tekkimiseks olema olukorras, kus ta on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib seetõttu kahju kannatada. Seega ei pea liikmesriigid direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) alusel võimaldama kaebeõigust igäühele, kes on huvitatud hankelepingu sõlmimisest, vaid võivad selle ette näha üksnes nendele, kes suudavad näidata, et nende õigused saavad või võivad saada väidetava rikkumise tõttu kahjustatud.

Euroopa Kohus on rõhutanud, et liikmesriigil on viidatud artikli alusel õigus iseseisvalt määratleda täpsed siseriiklikud reeglid kaebeõiguse võimaldamiseks, kuid seejuures ei ole liikmesriigil lubatud sisustada mõistet „huvi lepingu sõlmimise vastu“ selliselt, et see vähendaks õiguskaitsemeetmete direktiivi tõhusust.¹⁴ Euroopa Liit ei ole oma riigihankealastes dokumentides avaldanud oluliselt konkreetsemaid juhiseid, mida liikmesriigid peaksid järgima, et siseriiklikult kehtestatud vaidlustusmenetluse reeglid vastaksid õiguskaitsemeetmete direktiiviga kehtestatud nõuetele. Direktiivis 2007/66/EÜ sisalduv kaebeõigust omava isiku määratlus on liikmesriikidele aluseks kaebuse esitamiseks õigustatud isiku määratlemisel siseriiklikus õiguses. Täpsemad piirid kujundab hankemenetluses kaebeõigust omavale isikule Euroopa Kohtu praktika ja liikmesriikide endi õigus ning vaidlustuspraktika.

Reeglina ei ole kahtlust isiku huvis hankelepingu sõlmimise vastu, kui ta on esitanud hankemenetluses pakkumuse. Euroopa Kohtu praktikas ei leidu märkimisväärselt erandlikke käsitlusi kaebeõiguse omistamisest, sest üldjuhul on hankemenetluses kaebuste esitajateks isikud, kes on turul tegutsevad ettevõtjatena ning kes on hankemenetluses esitanud pakkumuse. Hankemenetluses osaleva pakkuja kaebuste puhul tavaliselt huvi olemasolu küsimust eraldiseisva probleemina ei tõusetu. Direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1(3) nimetatud kaebeõigust omav isik ei pruugi selle sätte tähenduses siiski piirduda ainult hankemenetluses osalejaga, vaid

¹⁴ Euroopa Kohtu 19.06.2003 otsus asjas C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH ja teised versus Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, p 34.

võib teatud tingimustel olla ka isik, kes ei ole olnud osaline hankemenetluses. See tuleb kõne alla näiteks siis, kui hankija on kehtestanud niivõrd piiravad või ebamõistlikud hanketingimused, et isikul polegi võimalik hankemenetluses osalemiseks pakkumust esitada. Nendel näidetel peatutakse aga pikemalt alapeatükis 1.3. Inglismaa kohtupraktikas on arutlusel olnud küsimus, kas riigihankeasjades võiks kaebeõigus olla ka sellisel isikul, kes ei ole potentsiaalne pakkuja ega oma huvi ega võimalust hankelepingu sõlmimiseks, kuid kes on võimalikust rikkumisest selgelt tuvastataval viisil mõjutatud.¹⁵

Küsimus tõusetus Inglismaa apellatsioonikohtus arutatud asjas¹⁶, kus lapsevanem vaidlustas kohaliku kooli ehitamise rahastamise otsuse, väites, et sellele kohaldus riigihankemenetluse regulatsioon ning riigihankemenetluse nõudeid on rikutud. Esimese astme kohus leidis, et isikul, kes ei ole turul tegutsev kui vastava valdkonna potentsiaalne pakkuja, ei saa olla kaebeõigust riigihankeõiguse regulatsioonide alusel. Apellatsioonikohus leidis samuti, et isikul puudus antud asjas kaebeõigus, kuid märkis oma otsuses, et riigihankeõiguse normide rikkumine on õigusvastane, olenemata sellest, kas potentsiaalsed pakkujad rikkumise vaidlustavad või mitte. Seda silmas pidades arutles kohus kaebeõiguse laiendamise võimaluse üle isikule, kellele pole riigihankeregulatsioonide alusel kaebeõigust ette nähtud, kuid kes on rikkumisest mingil muul moel mõjutatud. Antud kohtuasja lõpptulemusena lapsevanema kaebeõigust riigihankeõiguse sätete alusel siiski ei tunnustanud, sest kohus leidis viimaks, et kaebaja vaidlustus ei olnud suunatud riigihankeõiguse rikkumisele, vaid tegemist oli lihtsalt kooli juhtkonnale suunatud vastandumisega. Kohtu hinnangul tahtis kaebaja seega riigihangete regulatsiooni abil saavutada eesmärgi, milleks vastav regulatsioon mõeldud ei olnud, mistõttu ei peetud kaebust aktsepteeritavaks. Kuigi kaasust käsitleva artikli autor väljendab seisukohta, et riigihankeasjades on kaebeõiguse laiendamine igati teretulnud¹⁷, ei saa sellisel viisil hankemenetluse regulatsiooni alusel kaebeõiguse omistamist asjakohaseks pidada isiku puhul, kellel ilmselgelt puudub huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Siin saab nõustuda ülalpool kord juba mainitud esimese astme kohtu hinnanguga, et riigihankeõiguse regulatsioonidest saab kaebeõigus tulla isikutele, kes on turul tegutsevad vähemalt kui vastava valdkonna potentsiaalsed pakkujad. Sellisel alusel kaebeõiguse omistamine oleks kooskõlas ka juba

¹⁵ Bailey, S.H. *Chandler in the Court of Appeal: the issue of standing: R. (on the application of Chandler) v secretary of State for Children, Schools and Families*. P.P.L.R., 2010, 2.

¹⁶ Inglismaa apellatsioonikohtu otsus *Chandler v Camden LBC; Chandler v Secretary of State for Children, Schools and Families* [2009] EWCA Civ 1011.

¹⁷ Bailey, S.H. *Chandler in the Court of Appeal: the issue of standing: R. (on the application of Chandler) v secretary of State for Children, Schools and Families*. P.P.L.R., 2010, 2, lk 71.

viidatud Euroopa Kohtu praktikast tuleneva põhimõttega, et huvi hankelepingu sõlmimise vastu ei tohi tõlgendada moel, mis pärsiks õiguskaitsemeetmete direktiivi tõhusust.

Kaebeõigust omavale isikule direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1 (3) kehtestatud kahju tekkimise või kahju kandmise riski näitamise nõude eesmärk on välistada perspektiivitud ja pahatahtlikel eesmärkidel esitatud kaebused, sest isik peab kaebuse esitamisel tõendama vähemalt majandusliku kahju tekkimise riski. See tähendab, et isik ei saa kaebeõigust teostada üksnes põhimõttelise vaidluse eesmärgil (nt ettevõtjaid esindava organisatsiooni vaidlustus mingi üldise riigihankeõigusega seotud põhimõtte kaitsmiseks), olemata rikkumisest isiklikult mõjutatud¹⁸. Samal moel on artikliga 1 (3) välistatud kõik avaliku huvi eesmärgil esitatavad kaebused, näiteks kodanike kaebused, kes leiavad, et hankemenetluses toimunud rikkumise tõttu on riigi raha ebaotstarbekalt kulutatud.¹⁹

Kirjanduses on arutletud ka selle üle, kas kaebeõigusega isikute ring muutub pärast hankelepingu sõlmimist. Mõne autori arvates võib näiteks Iirimaal rakendatava riigihangete regulatsiooni sõnastuse põhjal väita, et kui hankemenetluse käigus on kaebeõigusega isikute ring piiratud üldjuhul hankemenetluses osalejatega, siis pärast hankelepingu sõlmimist võiks näiteks kahju hüvitamise nõude esitada igaüks, keda rikkumine on puudutanud, mitte ainult hankemenetluses osalenud isik²⁰:

*„(6) A breach of the duty owed in accordance with paragraph (1) or (2) is actionable **by any economic operator** which, in consequence, suffers, or risks suffering, loss or damage and those proceedings shall be brought in the High Court.“²¹*

Eeldatavasti on siin silmas peetud nn populaarkaebuste esitamise võimalust, mis on erandkorras lubatud haldusõiguses, kuid mida pole riigihankeõiguses seni ühelgi tingimusel põhjendatuks peetud. Kuigi selline sõnastus võimaldab põhimõtteliselt erinevaid tõlgendusi, ei ole riigihankeõiguse regulatsiooni alusel kahjunõude esitamiseks õigustatud isikute ringi laiendamine pärast hankelepingu sõlmimist põhjendatud. Kahjunõude esitamise eeldusi arvestades ei saa isikul, kes hankemenetluses ei osalenud ja hankemenetluses tehtud otsuste

¹⁸ Trepte, P. P. Public procurement in the EU. A practitioner's guide. Oxford University Press, 2007. Lk, p 552.

¹⁹ Dahlgaard Dingel, Dorthé. Public Procurement. A harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law. Kluwer Law International, 1999. Lk 228.

²⁰ Donnelly, Catherine. Remedies in public procurement law in Ireland. P.P.L.R., 2009, lk 21.

²¹ The Public Contracts Regulations 2006, No 5. England, Wales, Northern Ireland. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/5/pdfs/ukxi_20060005_en.pdf Otsing 13.12.2014

suhtes kaebeõigust ei omanud, olla pärast hankelepingu sõlmimist tekkinud sellist kahju, mille hüvitamine on riigihankeõiguses ette nähtud. Kui hankemenetluse kestel esinevad rikkumised puudutavad eelkõige vaid isikuid, kes on hankemenetluses osalejad või kes võiksid rikkumise kõrvaldamise korral olla osalejad, siis sama menetluse tulemusena hankelepingu sõlmimine ei saa kahjustada oluliselt laiemat isikute ringi.

Hankemenetluses osalevate ettevõtete ja isikute alltöövõtjatel direktiivi 2007/66/EÜ kohaselt kaebeõigust olla ei saa, sest neil puudub hankelepingu sõlmimise huvi ja neil on üksnes huvi töövõtulepingu sõlmimiseks hankes osaleva peatöövõtjaga.²² Arvestades õiguskaitse sätete mitmekesisist tõlgendamist, ei saa siin välistada võimalust omistada alltöövõtjale samuti kaebeõigus hankemenetluses tehtud otsuste vaidlustamiseks, sest kuigi alltöövõtja ei sõlmi hankijaga hankelepingut, on tal huvi selle sõlmimise vastu peatöövõtja ja hankija vahel. Seni ei ole Euroopa Kohtu praktikas sellist tõlgendust esinenud, kuid alltöövõtjad on hankes osalevate peatöövõtjatega piisaval määral seotud, omamaks huvi hankelepingu sõlmimise vastu, mistõttu ei ole välistatud, et kaebeõiguse omistamine neile võib osutuda teatud tingimustel põhjendatuks.

Direktiivi 2007/66/EÜ sätete põhjal on kaebeõiguse teostamiseks õigustatud isiku määratluse sisustamisel võimalik tekitada arutlus peamiselt kahe lähenemise üle – laiendav ja kitsendav määratlus. Õigustatud isiku laiendav määratlus tugineb otseselt uues õiguskaitsemeetme direktiivis sõnastatud eesmärkidele. Direktiivi 2007/66/EÜ kohaselt on oluline, et hankijate otsused vaadataks läbi tõhusalt ja võimalikult kiiresti (direktiivi art 1(1)), eelkõige aja jooksul, mil rikkumisi on veel võimalik parandada (direktiivi preambuli lõige 3), samuti on olulist kaalu omistatud ettevõtjate konkureerimise võimalusele, millest ei tohiks ükski ettevõtja hankija ebaseaduslike otsuste tõttu ilma jääda (direktiivi preambuli lõige 14). Konkurentsi tagamise tõhusaima meetmena märgitaksegi direktiivis ära hankelepingu tühistamise võimalus kui kaebeõigusega isikute efektiivseim vahend hankija ebaseadusliku tegevuse vastu.

Loetletud eesmärke silmas pidades ei ole raske järeldada, et liikmesriigid peaksid direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õigusesse ja selle igapäevasel rakendamisel vaidluste lahendamise käigus pidevalt silmas pidama just eelkõige konkurentsi tagamise eesmärki. Ilmselt seetõttu on erialakirjanduses tihti pooldatud õigustatud isiku laiendavat määratlust, mille järgi tuleks kaebeõigus võimaldada kõigile hankemenetlusest huvitatud või sellest mõjutatud isikutele,

²²Donnelly, Catherine. Remedies in public procurement law in Ireland. P.P.L.R., 2009, lk 21

olenemata sellest, mil määral ja kas üldse on nad pakkujatena hankemenetluses osalenud. A.S. Graells viitab õigustatud isiku laiendatud määratlusele lausa kui vaidlustusmenetluse efektiivsuse tagamise võtmetegurile²³. Ta põhjendab oma seisukohta sellega, et ettevõtjate ja pakkujate vastumeelsus riigihankemenetlustes vaidlustuste esitamiseks on valdkonna üks suurimaid probleeme. Laiendatud määratluse all peab ta siinkohal silmas põhimõtet, et kaebeõigus võimaldatakse nii pakkujatele ja kandidaatidele, kes on hankemenetluses mingil hetkel osalenud (osalemise kriteerium), kui ka kõigile teistele isikutele, kes ei ole hankemenetluses osalenud, kuid kes võivad rikkumisest kahjustatud saada (mõjude kriteerium). Kusjuures viimasel juhul ei ole Graells täpsustanud, kes võiks nende isikute hulka kuuluda. Graells arvates muudaks õigustatud isiku laiem määratlus kaebeõiguse teostamise ja kogu vaidlustusmenetluse efektiivsemaks. Praktikast ei ole efektiivsuse väitele siiski täit kinnitust võtta, konkreetselt Eesti praktika põhjal näib hoopiski, et õigustatud isiku mõiste lai määratlus mitte ainult ei muuda vaidlustusmenetlust ebaefektiivseks, vaid võib kaasa tuua ka konkurentsimoonusi²⁴.

Õigustatud isiku kitsam määratlus tähendaks üksnes menetluses osalemise kriteeriumi põhists kaebeõiguse omistamist. Teisisõnu, hankija otsuste vaidlustamiseks on sel juhul õigustatud üksnes isik, kes on või on olnud osaline hankemenetluses ja kes on rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada. Selline määratlus välistaks aga kaebeõiguse omistamise nendele isikutele, kes pole saanud hankemenetluses osaleda hankijast tulenevatel põhjustel, näiteks siis, kui hankija ei ole hankelepingu sõlmimiseks hankemenetlust korraldanud.

Arvestades õigustatud isiku laiendavat ja kitsendavat määratlust, võib põhjendatult tekkida küsimus, mis on nende kahe lähenemise olemuslik vahe ja kas see üldse on olemas. Kui väita, et direktiiviga 2007/66/EÜ sõnastatud kaebeõigusega isiku määratlus võimaldab vähemalt kahtemoodi tõlgendamist, tuleb välja selgitada, mis on nende olemuslik vahe. Laiema määratluse kohaselt peaks hankemenetluses osalenud või osalevate isikute ringile lisanduma veel mis tahes muu isik, kes võib hankemenetluses toimunud rikkumise tõttu kahjustatud saada. Kui arvestada, et enamasti võivad kahjusid või nende tekkimise riski kanda eelkõige hankemenetluses osalevad või selles osalenud isikud, siis tekib küsimus, keda üldse võiks liigitada veel muuks isikuks, kes rikkumise tõttu kahju või selle tekkimise riski võiks kanda. Kõne alla saaks siin tulla eelkõige selline isik, kes pole saanud hankemenetluses osaleda hankija poolse rikkumise tõttu ja ei ole vaidlustuse esitamisel seega käsitletav hankemenetluses osaleva

²³ Graells, A.S. „Public Procurement and the EU Competition Rules.“ Lk 353.

²⁴ Vaata sel teemal lähemalt sissejuhatuses 1 viidatud Kärt Saare magistritööd.

või osalenud isikuna. Arvestades, et sellise isiku kaebeõigusele seatakse üsna selge piirang ühelt poolt vaidlustuse esitamise ajaliste piirangutega (peatükis 1.3. käsitletav *Grossmanni* lahend) ja teisalt vaidlustatava hankija otsusega - vaidlustada saab sellisel juhul üksnes hankedokumente, mitte näiteks pakkumuse edukaks tunnistamise otsust, ei loo sellisele isikule kaebeõiguse omistamine muljet kaebeõigusega isikute ringi ülemäärasest või lausa määratlemata ulatusse laiendamisest. Kui kõrvutada siia õigustatud isiku kitsendav määratlus, mis piirduks üksnes hankemenetluses osaleva või osalenud isiku käsitlemisega kaebeõigusega isikutena, siis jääks siit välja üksnes isik, kellel on või on olnud huvi hankelepingu sõlmimise vastu, kuid kes pole hankijast tuleneval põhjusel saanud hankemenetluses osaleda. Kuna direktiiv 2007/66/EÜ ei sea kaebeõiguse teostamise eelduseks mitte hankemenetluses osalemise kriteeriumi, vaid räägib olemasolevast või olemas olnud huvist hankelepingu sõlmimise vastu, tuleb igal juhul võimaldada kaebeõigus ka sellisele isikule. Seega ei olegi tegelikult põhjust eristada laiendavat ja kitsendavat määratlust, sest direktiiv 2007/66/EÜ kohustab võimaldama kaebeõiguse lisaks hankemenetluses osalevatele või osalenud isikutele ka mis tahes muule huvi omada võivale isikule ning viimasteks ei saa olla mistahes isik, vaid neid piiritleb kohtupraktika ja hankemenetluse eesmärk ise. Muud huvi peale nimetatud isikute ja juhtude hankemenetluses üldjuhul kõne alla tulla ei saa ja ehk ei peagi, seega saab rääkida vaid ühesest hankemenetluses tehtud otsuste vaidlustamiseks õigustatud isikute ringist: hankemenetluses osalemisest huvitatud isik (potentsiaalne pakkuja), hankemenetluses osalev pakkuja ja hankemenetluses osalenud (hankija otsustega menetlusest välja arvatud) pakkuja.

Kirjanduses ei ole kaebeõigusega isikute ringi osas võetud silmatorkavalt erinevaid või äärmuslikke seisukohti. Enamikes käsitlustes tuginetakse kaebeõiguse piiride käsitluses üksnes direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) sisule ja viidatakse Euroopa Kohtu vastavale praktikale, kuid puudub põhjalikum teemaarendus sellest, kas ja kuidas peaks kaebeõigusega isikute ring määratletud olema või mil määral nende isikute kaebeõigus üksteise omast erineb. Ometi ei saa olemasoleva kohtupraktika põhjal teha ammendavaid järeldusi kaebeõiguse piiride kohta ja küsimuste tõstatamine nii Euroopa Kohtu kui liikmesriikide praktika valguses oleks kirjanduses väga kohane ja teretulnud.

1.3. Põhjendatud huvi

Kaebuse esitamiseks õigustatud isikute määratlemine toimub nii haldusõiguses kui ka riigihankeõiguses eelkõige põhjendatud huvi institutsiooni kaudu, kuivõrd põhjendatud huvi olemasolu on kaebeõiguse teostamise oluline eeldus. Seetõttu on põhjendatud huvi käsitlus kaebeõigust omava isiku määratluse uurimise lahutamatu osa. Kirjanduses on kasutusel mitu erinevat põhjendatud huvi tähistavat terminit ja väljendit. Tihti viidatakse põhjendatud huvile ladinakeelse väljendiga „*locus standi*“, inglisekeelse vastena on kasutusel lihtsalt sõna „*standing*“. Lisaks räägitakse tekstides ka menetluse algatamise huvist („*interest in bringing proceedings*“). Kõik need väljendid viitavad riigihankeõiguse kontekstis üldjuhul samale teemale ehk põhjendatud huvile kaebeõiguse teostamisel.

Kirjanduses esitatud põhjendatud huvi tähendus lähtub täielikult direktiivis 2007/66/EÜ artiklis 1 (3) sõnastatud eeldustest ja raudreegel on, et põhjendatud huvi on isikul, kellel on või on olnud huvi hankelepingu sõlmimiseks ja kes on rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada. Selline üldine käsitlus toob praktikas mõistagi kaasa vaidlused põhjendatud huvi piiritlemise üle. Loomulikult ei ole need piirid pidevalt muutuvast riigihankeõiguses ka üheselt paigas, kuid Euroopa Liidu kohtupraktika lubab siiski teha mõningaid järeldusi hetkeolukorra kohta. Põhjendatud huvi käsitlust on võimalik vaadelda mitmel erineval moel. Järgnev käsitlus põhineb hankemenetluses kaebeõigust omavate isikute liigitusel.

Igasuguse hankija otsuse vaidlustamisel on kaebeõiguse kontrollimisel esmaseks kriteeriumiks see, kas vaidlustatav otsus omab isikuga vajalikku puutumust. Kohtupraktikas on välja kujunenud seisukohta, et akt saab füüsilist või juriidilist isikut otseselt puudutada Euroopa Liidu toimimise lepingu²⁵ (ELTL) artikli 263 neljanda lõigu tähenduses üksnes tingimusel, et see mõjutab otseselt tema õiguslikku olukorda²⁶. See tähendab, et isik saab vaidlustuse esitada üksnes nende otsuste ja meetmete peale, mis on isikule siduvad ja mõjutavad seeläbi tema huve²⁷. Lisaks peab kaebuse esitamine kaebajale selle rahuldamise korral andma eelise, mida ta ilma kaebust esitamata ei saavutaks.²⁸

²⁵ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. ELT C 326/1, 26.10.2010, lk 47. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/ALL/?uri=OJ:C:2012:326:TOC> Otsing 06.08.2014.

²⁶ Üldkohtu 20.03.2013 otsus asjas T-415/10 *Nexans France versus ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõtte*. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

²⁷ Euroopa Kohtu 14.01.1993 otsus asjas C-257/90 *Italsolar SpA vs Euroopa Ühenduste Komisjon*. EKL, 1993, I-00009, p 21.

²⁸ Üldkohtu 22.05.2012 otsus asjas T-17/09 *Evropaiki Dynamiki vs. Komisjon*, p 117. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

Euroopa Kohtu praktikast ilmnunud põhimõtted on väga sarnased haldusõigusest tuntud kaebuse lubatavuse eeldustele nagu isiklik puutumus, õiguste rikkumine, edasiste õiguste kaitsele kaasaaitamine. See tähendab, et ka riigihankeõiguses ei saa vaidlustust esitada igas olukorras ja igasuguste otsuste peale, vaid iga kaebuse puhul on oluline, et selle esitamine parandaks isiku õiguslikku olukorda või aitaks isiku õiguste kaitsmisele kaasa. Kui esineb rikkumine, mille vaidlustamine isiku õiguslikku olukorda kuidagi ei paranda või ei muuda, pole selline vaidlustus üldjuhul põhjendatud. Kohtuasjas C-401/09 *Evropaiki Dynamiki* on Euroopa Kohus isiku põhjendatud huvi kaebuse esitamiseks eitanud näiteks siis, kui esitatakse kaebus hankija sellise otsuse tühistamiseks, mille puhul on juba ette kindel, et see otsus saab hageja suhtes vaid kinnitust leida.²⁹ Selline seisukoht on üle võetud Euroopa Kohtu varasemast lahendist, kus kohus leidis, et kuna haldusorganil oli õigus otsustada vanusepiirangute lisamise üle konkursikuulutusse, ei oleks kaebaja olukord asutuse otsuse, mille kohaselt ta ei kvalifitseerunud vanuse tõttu konkursil osalema, vaidlustamise tulemusena muutunud.³⁰

Samas kohtuasjas C-401/09 *Evropaiki Dynamiki* on kohus märkinud ka seda, et menetlusliku reegli rikkumise tõttu esitatud tühistamiskaebust ei saa pidada põhjendatuks, kui hageja suhtes tehtud otsus jääks vaidlustusele vaatamata samaks, st otsus tugines seaduslikule alusele ja selle teinud isikul puudus seaduse järgi diskretsioon ehk võimalus teha teistsugune otsus. Seejuures viitab kohus teisele varasemale lahendile, kus haldusõiguslikus vaidluses leiti, et haldusakti põhjenduste puudumine on küll menetluslik rikkumine, kuid sel põhjusel haldusakti tühistamine saaks kaasa tuua vaid kaebaja suhtes uuesti samasuguse põhjendatud otsuse tegemise, mistõttu kaebaja olukord haldusakti tühistamise tulemusena ei muutuks.³¹ Sellisel alusel esitatud tühistamiskaebus ei aitaks saavutada hageja nõude rahuldamist ja tuleks seega põhjendatud huvi puudumise tõttu lugeda vastuvõetamatuks. Niisiis on kohus hankemenetluse vaidluses kaebeõiguse küsimuse lahendamisel võtnud aluseks varasemalt haldusõiguslikus küsimuses tehtud lahendid, mis on kohtu hinnangul osutunud kohaseks ka riigihankeõiguse kontekstis.

Täpsema seisukoha põhjendatud huvi kohta on Euroopa Üldkohus kujundanud otsuses T-17/09 *Evropaiki Dynamiki vs. Komisjon* seoses pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tühistamise küsimusega. Kui pakkuja pakkumus on enne pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemist

²⁹ Euroopa Kohtu 09.06.2011 otsus asjas C-401/09 *Evropaiki Dynamiki*. EKL 2011, I-04911, p 49.

³⁰ Euroopa Kohtu 15.03.1973 otsus asjas 37/72 *Antonio Marcato v Commission of the European Communities*, EKL 1973, lk 00361, p 2-8.

³¹ Euroopa Kohtu 20.05.1987 otsus asjas C-432/85 *Souna vs komisjon*. EKL 1987, 02229, p 20

tagasi lükatud, ilma et seda oleks teiste pakkumustega võrreldud, seisneb pakkuja huvi eelkõige oma pakkumuse tagasilükkamise otsuse vaidlustamises, mitte konkurendi pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamises. Pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamine saab isikule õiguslikult eelise luua alles ja ainult siis, kui tema pakkumuse tagasilükkamise otsus tühistatakse. Kohtu hinnangul ei saa isikul olla enam põhjendatud huvi pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamiseks pärast seda, kui tema kaebust enda pakkumuse tagasilükkamise otsuse tühistamiseks ei rahuldata või jäetakse läbi vaatamata.³² Siin võib siiski tekkida vajadus põhjendatud huvi olemasolu küsimus ümber hinnata. Näiteks juhul, kui pakkumuse edukaks tunnistamise otsus tehakse riigihankeõiguse reegleid rikkudes ning õigusvastase otsuse alusel sõlmitakse ka hankeleping, peaks nõuetele mittevastanud pakkumuse esitajal olema võimalus õigusvastaste otsuste vaidlustamiseks ka siis, kui tema kaebust enda pakkumuse tagasilükkamise kohta ei rahuldata. Kui konkurendiga hankelepingu sõlmimine on õigusvastane, võiks tagasilükatud pakkumuse esitanud isikul olla võimalus pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse ja selle alusel sõlmitud hankelepingu vaidlustamiseks, kui otsuse tühistamisega kaasneks võimalus hankelepingu sõlmimise saavutamiseks – näiteks kui hankija oleks asjaoludest tulenevalt eelduslikult sunnitud alustama uut hanget.

Selline vaidlustamise võimaluse lubamine oleks ka seetõttu kohane, et hankelepingu tühistamiseni ja seega uue hankelepingu sõlmimise võimaluseni viivate vaidlustatavate rikkumiste spekter võib olla üsna lai. Direktiivi 2007/66/EÜ artikkel 2d(1) b) näeb ette, et lisaks otselepingu sõlmimisele (sama direktiivi artikkel 2d (1) a)) on ka näiteks ooteaja nõude rikkumine alus hankelepingu tühistamiseks. Kirjanduses on leitud, et Euroopa Kohtu otsusele C-503/04 *Komisjon vs Saksamaa* tuginedes võib eeldada, et tühistamise alused ei ole piiratud üksnes direktiivis 89/665/EMÜ ette nähtud rikkumistega, vaid võivad olla ka muud rikkumised, mis asjaolusid arvestades võivad tingida hankelepingu tühistamise. Sealhulgas on kirjanduses hankelepingu tühistamist peetud asjakohaseks ka juhul, kui see on sõlmitud pakkujaga, kelle pakkumus tulnuks mittevastavuse tõttu tagasi lükata³³, mis tähendaks põhjendatud huvile märkimisväärse tagasiulatuva mõju omistamist. Kirjanduses ei ole märgitud ühtegi näidet sellisest praktikast, kuid igal juhul tõstatab see vähemalt küsimuse, kas ja kuidas sellise olukorra tekkimine võimalik oleks ning kas sellise tagasiulatuva vaidlustamise korral oleks põhjendatud huvi olemasolu tunnustamine õigustatud. Ilmselt tuleb siin asjaolusid hinnates võimaldada kaebeõigus hankija sellise otsuse vaidlustamiseks, mille tühistamine looks vaidlustajale kõige

³²Üldkohtu 22.05.2012 otsus asjas T-17/09 *Evropaiki Dynamiki vs. Komisjon*, p 118-119. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

³³Teumer, S., Lichere, F (editors). *Enforcement of the EU public procurement rules*. Djof Publishing. Copenhagen, 2011, lk 24.

tõenäolisemalt võimaluse hankelepingu sõlmimise saavutamiseks. Kaebeõiguse tekkimine sõltub siin muuhulgas ka sellest, miks isik ei vaidlustanud näiteks konkurendi pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsust enne hankelepingu sõlmimist. Kui see polnud võimalik näiteks hankija poolse rikkumise või muu õigusvastase tegevuse tõttu, tuleks põhjendatud huvi hankelepingu tühistamiseks jaatada. Kui aga isik jättis selle ilma mõjuva põhjuseta õigeaegselt vaidlustamata ehk ei tegutsenud rikkumisest teada saades kohe, ei ole põhjendatud huvi tunnustamine hankelepingu vaidlustamisel tegelikult põhjendatud. Siit järeldub ühtlasi, et hankemenetluses toimunud rikkumise vaidlustamisel hakkab põhjendatud huvi konkureerima selle huvi realiseerimise kiiruse ja valitud vahendi õigsusega. Kui kaebuse esitamisega viivitatakse liiga kaua, võib kaebaja kaebeõigusest ilma jääda ka siis, kui on olemas rikkumine ja põhjendatud huvi selle peale vaidlustuse esitamiseks.

Veel üks näide põhjendatud huvi tuvastamise kohta tuleneb Euroopa Üldkohtu asjast T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken NV versus Euroopa Komisjon*, kus isik taotles oma kaebuses enda pakkumuse tagasilükkamise otsuse tühistamist ja teise pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tühistamist. Euroopa Komisjon viis läbi hankemenetluse, mille hankedokumentides nähti ette, et hankeping sõlmitakse madalaima hinnaga pakkumuse esitajaga, täpsustades, et „kõik ehitustööde koondnimekirja osas nõutud hinnad tuleb välja tuua, vastasel juhul lükatakse pakkumus tagasi. See kehtib ka nimekirja võimalike muudatuste osas, mis tehakse taotlejate piisavalt aegsasti esitatud märkuste põhjal.”. Hankija esimese hindamisaruande kohaselt oli äriühing C jätnud vajaliku ühikuhinna näitamata, hageja pakkumuses ei olnud ühtegi väljajätu ja ülejäänud pakkujad olid samuti jätnud osa hindasid näitamata. Selle põhjal teatas Euroopa Komisjon hagejale 27.02.2008, et tema pakkumus on tunnistatud edukaks, kuid rõhutati, et see ei loo komisjonile veel hankelepingu sõlmimise kohustust, kuna pole välistatud hankest loobumine või hankemenetluse tühistamine.

Pärast hagejale edastatud teadet selgus aga komisjoni ja ettevõtja C vahelise selgitamise käigus, et ka ettevõtja C pakkumus vastas tegelikult nõuetele ning selle tagasilükkamine ei olnud õige. Komisjon viis selle peale läbi pakkumuste uue hindamise ja tuvastas eksliku pakkumuse tagasilükkamise veel kahe pakkuja puhul, mille tulemusena jäi hageja pakkumuse hind madalaima pakkumuse arvestuses alles kolmandale kohale ja seda ei tunnistatud edukaks. Sellest teatati hagejale komisjoni 29.04.2008 saadetud kirjas. Hageja esitas kaebuse Üldkohtusse, taotledes hankija poolt 29.04.2008 tema pakkumuse tagasilükkamise kohta tehtud otsuse tühistamist ning konkurendi pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tühistamist.

Komisjon esitas muuhulgas vastuargumendi selle kohta, et hagejal puudub põhjendatud huvi oma hagi esitamiseks, sest tema pakkumus oli järjestuses alles kolmandal kohal ja kui konkurendi pakkumuse edukaks tunnistamise otsus kohtu poolt tühistatakse, ei kohustaks see hankijat sõlmima hankelepingut hagejaga, vaid järjekorras teisel kohal olnud pakkujaga.³⁴ Kohus pidas seepeale vajalikuks hinnata, kas hagejal on põhjendatud huvi kaebuse esitamiseks ehk kas hankelepingu sõlmimise otsuse tühistamine annaks talle õigusliku eelise. Otsuses leiti, et kui ettevõtja C pakkumuse edukaks tunnistamise otsus peaks tühistatama hageja poolt viidatud põhjuse tõttu, ei saaks komisjon sõlmida lepingut järjekorras teisel kohal olnud pakkujaga, kuna ka tema pakkumusel oli sama puudus nagu C pakkumusel. Sellistel asjaoludel ei ole hageja ees teisel kohal asuv pakkuja takistuseks hagejaga hankelepingu sõlmimisel ja kohus leidis, et isikul oli põhjendatud huvi hagi esitamiseks.³⁵

Kirjeldatud näited viitavad, et hankemenetluse vaidlustuste keerukuse ja detailirohkuse tõttu ei ole mõeldav, et põhjendatud huvi hinnatakse pelgalt üldiselt väljakujunenud piiride raames. Ülalpool käsitletud kohtupraktikast nähtub, et põhjendatud huvi olemasolu hinnatakse riigihankeõiguses ikkagi eelkõige iga konkreetse kaasuse asjaolude põhjal ja oluline on säilitada kooskõla õiguskaitsemeetmete direktiividest tulenevate põhimõtetega. Autori hinnangul tähendab see, et kaebaja põhjendatud huvi hindamisel tuleb kogu vaidlusalust juhtumit vaadata laiemalt, hindamaks võimalike rikkumiste esinemist kogu hankemenetluses. Kui hankemenetluse asjaolusid arvestades on võimalik kaebaja õiguste kaitsmine hankija rikkumiste vastu, tuleks asjaolude põhjal tõlgendada kaebeõiguse sätteid võimalikult palju viisil, mis võimaldab kaebajale põhjendatud huvi ja kaebeõiguse omistamise. See võib tähendada ka mõttekäike, mis on ja jäävad omaseks vaid konkreetsele kaasusele ja võib juhtuda, et järgmise sarnase kaasuse korral ei oleks sama mõttekäik enam rakendatav. Sellele vaatamata ei tohiks isikut kaebeõigusest ilma jätta üksnes äärmiselt ebatavaliste põhjenduste tõttu, mille kaudu põhjendatud huvi olemasoluni jõutakse, vaid hinnata tuleks, kas ja millised hankija rikkumised jääksid kaebeõiguse mittevõimaldamisega kehtima ning kas ja kuidas oleks vaidlustusega võimalik neid rikkumisi ära hoida või kõrvaldada.

Kuigi direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1(3) sõnastus kohustab läbivaatamise korra tegema kättesaadavaks mis tahes isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada, ei ole direktiivis

³⁴ Üldkohtu 10.12.2009 otsus asjas T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken NV vs Euroopa Komisjon*. EKL, 2009 II-04439, p 31.

³⁵ *Ibid*, p 35-37.

täpsustatud, kuidas saab isik näidata oma huvi olemasolu konkreetse lepingu vastu. Kui isik ei ole hankemenetluses pakkumust esitanud, võib olla keeruline põhjendada oma huvi hankelepingu sõlmimise otsuse vaidlustamiseks või näidata ära lepingu sõlmimisotsusest tekkinud kahju. Siiski võib praktikas tekkida olukordi, kus isikult on tema huvide kaitsmisel ja põhjendatud huvi tõendamiseks ebamõistlik nõuda, et ta oleks hankemenetluses pakkumuse esitanud. Nii võib erandlikel puhkudel olla isikul kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamiseks ka ilma hankemenetluses pakkumust esitamata.

Sellisteks erandjuhtudeks võib olla näiteks olukord, kus hankija on rikkunud hanketeate avaldamise kohustust või kehtestanud ebaseaduslikud hanketingimused.³⁶ Kui isik ei ole esitanud pakkumust põhjusel, et hankedokumentides olid pakkumusele esitatud niivõrd diskrimineerivad tingimused, mis ei võimaldanud isikul hankija tingimustele vastavat pakkumust esitada, on tal nende diskrimineerivate tingimuste suhtes kaebeõigus ka ilma pakkumuse esitamiseta ja enne hankemenetluse lõppemist³⁷. Vastupidine seisukoht läheks vastuollu direktiivi 2007/66/EÜ artiklites 1(3) ja 2(1) (b) sätestatuga³⁸, mille kohaselt peavad liikmesriigid tagama hankijate otsuste võimalikult kiire ja tõhusa läbivaatamise ning ebaseaduslike otsuste tühistamise. Euroopa Kohus on pakkumust mitte esitanud isikul diskrimineerivate hanketingimuste tõttu kaebeõiguse olemasolu tunnistanud ka asjas *C-230/02 Grossmann*. Selles asjas küll konkreetsele vaidlustajale konkurendi edukaks tunnistamise otsuse suhtes kaebeõigust ei omistatud, sest ta polnud eelnevalt kasutanud oma õigust ja võimalust diskrimineerivate hankedokumentide vaidlustamiseks.³⁹ Iirimaa Ülemkohtu praktikast on tuua näide, kus kohus tunnistas hankemenetluses mitteosalenud isikul põhjendatud huvi olemasolu hankija vastu hagi esitamiseks.⁴⁰ Selles asjas lõpetas transpordiministeeriumi korraldatud hankes edukaks osutunud pakkuja hankijaga sõlmitud lepingu ära peatselt pärast selle võitmist ja lennufirma Ryanair, kes ei osalenud hankes, nõudis hankijalt uue hanke korraldamist. Kuigi kohtu hinnangul ei olnud hankijal kaasuse asjaolude põhjal kohustust uut hanget korraldada, leidis ta siiski, et hankemenetluses mitteosalenud isikul oli oma hagi esitamiseks põhjendatud huvi, sest uue hanke korraldamine võimaldaks hagejal

³⁶ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Second Edition. Sweet and Maxwell, London, 2005, lk 1368.

³⁷ Bovis, C.H. *EU Public procurement law*. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012. Lk 223-224.

³⁸ *Ibid*, lk 224.

³⁹ Euroopa Kohtu 12.02.2004 otsus asjas *C-230/02 Grossmann Air Service Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co KG v Austria*

⁴⁰ McGovern, P. „Ireland: standing to challenge decisions and the effect of amending framework agreements to make them mandatory: the case of *Copymore Ltd and others v Commissioners of Public Works in Ireland*“. P.P.L.R. 2013, 5, lk 117- 123.

ehk lennufirmal Ryanair hankes osaleda.⁴¹ Kuna uue hanke väljakuulutamine puudutaks hagejat isiklikult ning vastavat kohustust taotleb hagi võimaldab seega hageja õiguslikku olukorda parandada, on põhjendatud huvi olemasolu eeldused sellise hagi puhul ilmselt ka täidetud. Põhjendatud huvi olemasolu ei too mõistagi automaatselt kaasa kaebuse rahuldamist ja seda ei juhtunud ka Ryanairi kaasuse puhul, kuid lahend näitab, et erandlikel juhtudel saab isikul ka ilma hankemenetluses osalemata olla põhjendatud huvi hankija otsuste vaidlustamiseks.

Viidatud otsuses toob Iirimaa kohus välja veel ühe huvitava aspekti. Nimelt leiab kohus, et Ryanairi põhjendatud huvi tuleb möönda üksnes tänu hankija rikkumise iseloomule, millele viidates suutis lennufirma näidata, et ta oli konkreetsel asjaoludel potentsiaalne pakkuja ja omas seega põhjendatud huvi kaebuse esitamiseks. Kui lennufirma oleks samas asjas oma kaebuse põhistanud näiteks hankemenetluses võrdse kohtlemise printsiibi rikkumisele, ei oleks tal hankemenetluses mitteosalenud isikuna põhjendatud huvi olnud.⁴² Kohus on samas otsuses rõhutanud põhjendatud huvi hindamise seisukohalt väga olulist tõsiasja: põhjendatud huvi küsimuse lahendamine on alati segu faktidest ja õigusest ning küsimus tuleb otsustada lähtuvalt õiguslikest printsiipidest, kuid suuremat tähtsust tuleb siiski omistada just faktidele, sest ainult faktide hindamise kaudu saab kohus tuvastada põhjendatud huvi olemasolu seoses konkreetse kaebusega.⁴³

Selline seisukoht viitab asjaolule, et riigihankemenetluses on põhjendatud huvi määratlemine väga paindlik ja isegi muutuv aspekt. Arvestades, et riigihankeõigus ise on ajas muutuv, tuleb põhjendatud huvi küsimusi lahendades alati arvestada ka võimalusega, et konkreetse kaasuse asjaolud annavad aluse täiesti uutmoodi tõlgendusele põhjendatud huvi olemasolust. Kui põhjendatud huvi käsitus on juba iseenesest õiguskaitsemeetmete direktiivide sõnastusest tulenevalt tavapäraselt laiem, siis riigihankeõiguse vaidluste käigus võib see võtta lisaks ka mitmeid uusi vorme. Riigihankeõiguses tuleks sellist asjade arengut pidada pigem loomulikuks nähtuseks, arvestades hankemenetluse kiireloomulisust ja sellega kaasnevaid tagasitaitmatuid toiminguid.

⁴¹ *Ibid*, lk 120. Viidatud on Iirimaa Ülemkohtu 02.04.2009 otsusele *Ryanair v Minister for Transport*, IEHC 171, p 51 ja 52. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2009/H171.html> Otsing teostatud 17.08.2014.

⁴² Iirimaa Ülemkohtu 02.04.2009 otsusele *Ryanair v Minister for Transport*, IEHC 171, p 53.

⁴³ *Ibid*, p 50. Töö autor on siin andnud edasi mõtte, mida kohus on Ryanairi otsuses väljendanud Iirimaa kõrgeima kohtu otsusest *State (Lynch) vs Cooney* (IR 337) pärineva tsitaadiga: „*In each case the question of sufficient interest is a mixed question of fact and law which must be decided upon legal principles but, it should be added, there is greater importance to be attached to the facts because it is only by an examination of the facts that the court can come to a decision as to whether there is a sufficient interest in the matter to which the application relates.*“

Kirjanduse ja kohtupraktika põhjal võib isikul olla kaebeõigus ka siis, kui ta hankemenetluses ei osale ja pakkumust ei esita, eelkõige juhul, kui mitteosalemine on tingitud hankijapoolsest rikkumisest. Küll aga ei tohi isik oma õiguste kaitsel põhjendamatult viivitada ja väga oluline on kaebeõiguse säilitamiseks koheselt vaidlustada hankija otsus, mis isiku arvates takistab tal hankemenetluses osaleda. Ainult nii on isikul võimalik näidata oma huvi hankelepingu sõlmimiseks ning ühtlasi ka kahju tekkimise riski, mis tuleneb hankemenetluses osalemise võimalusest ilmajäämisest.

Hankemenetlusest välja arvatud pakkuja all saab silmas pidada neid isikuid, kes on hankemenetlusest kõrvaldatud, kelle pakkumus on jäetud kvalifitseerimata või tagasi lükatud. Kaebeõiguse kontekstis on keskmel kohal eelkõige isikud, kelle pakkumus on jäetud kvalifitseerimata või tagasi lükatud, sest erinevalt kvalifitseerimise ja pakkumuse hindmise tingimustest ei anna riigihankedirektiivides üheselt sätestatud pakkuja kõrvaldamise aluseks olevad asjaolud⁴⁴ kuigivõrd ruumi sisuliseks vaidluseks ja nendel alusel kõrvaldatud pakkuja puhul ei ole tavaliselt kahtlust, et puudub võimalus jõuda hankelepingu sõlmimiseni.

Direktiivi 2007/66/EÜ ei kehtesta otseselt piiranguid selle kohta, kuidas käsitleda hankemenetluses osalenud isiku kaebeõigust ja põhjendatud huvi pärast seda, kui isik on hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud või kui tema pakkumus on tagasi lükatud. Kirjanduses on peamiselt väljendatud seisukohta, et isik, kes on hankemenetlusest õiguspäraselt kõrvaldatud, ei saa vaidlustada hankija otsuseid, mis teda hankemenetlusest väljajätmise tõttu ei mõjuta⁴⁵. Isikule peab aga jääma õigus vaidlustada seda otsust, millega ta hankemenetlusest välja arvati.⁴⁶ Euroopa Kohus on menetlenud eelotsuse taotlust asjas C-249/01 *Hackermüller and BIG vs WED*⁴⁷, kus hankija lükkas isiku pakkumuse koos mitme teise pakkumusega enne pakkumuste reaalselt hindamist tagasi ja otsustas jätkata hankemenetlust vaid ühe pakkujaga. Kui Hackermüller vaidlustas hankija otsuse konkurendi pakkumuse edukaks tunnistamise kohta, leidis vaidlustust läbivaatav organ kaebuse menetlemise käigus, et isikul puudub selliseks vaidlustuseks kaebeõigus. Vaidlustust läbivaatav siseriiklik organ tuvastas asja menetlemise käigus, et seaduse kohaselt oleks hankija pidanud Hackermülleri juba varasemas etapis hankemenetlusest välja arvama, kuna ta ei vastanud kehtestatud nõuetele.

⁴⁴ Näiteks Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, artikkel 45.

⁴⁵ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet and Maxwell, 2005, London. Lk 1413 ja Trepte, P. *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*. Oxford University Press, 2007. Lk 551.

⁴⁶ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet and Maxwell, 2005, London. Lk 1413, viide 48.

⁴⁷ Euroopa kohtu 19.06.2003 otsus asjas C-249/01 *Werner Hackermüller v Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) and Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, 2003 I-06319.

Kuna pakkuja oleks tulnud nagunii juba varem menetlusest välja arvata, ei saanud kohtu hinnangul hankija hilisem otsus tema pakkumuse tagasilükkamise kohta isikut enam kahjustada, mistõttu kohus leidis, et isikul puudus kaebeõigus hankija otsuse vaidlustamiseks.

Euroopa Kohus asus samas vaidluses oma otsuses seisukohale, et vaidlustust läbivaatav organ ei saa keelata isikule kaebeõigust põhjusel, et organi hinnangul pidanuks hankija vaidlustuse esitaja juba varasemas etapis menetlusest välja arvama ja seega ei saa hankija hilisem otsus isikut enam kahjustada. Selline otsus ei ole kooskõlas direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (1) ja (3) eesmärgiga, sest võtaks isikult võimaluse vaidlustada nii tema enda kohta käivat hankija otsust, millega ta hankemenetlusest välja arvati ja mida ta peab õigusvastaseks, kui ka vaidlustust läbivaatava organi otsust keelata talle kaebeõigus põhjusel, et hankija otsus ei saanud teda kahjustada.⁴⁸

Sellisest seisukohast tuleneb, et hankemenetluses osalenud isikul on õigus vaidlustada vähemalt seda otsust, millega ta hankemenetlusest välja arvatakse. Kui vaidlustust läbivaatav organ jätab isiku sellise otsuse vaidlustamisest ilma, ei ole selline otsus kooskõlas EL õiguskaitsemeetmete direktiividega. Keerulisem on vastata küsimusele, kas lisaks hankemenetlusest välja arvamise otsuse vaidlustamisele peaks hankemenetluses osalenud isikul olema kaebeõigus ka hankija edasiste otsuste suhtes, mis võivad teda kuidagi mõjutada. Olemasolev kohtupraktika ega ka erialakirjandus ei toeta lähenemist, et seaduspäraselt hankemenetlusest välja arvatud pakkujal võiks olla huvi hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks. Samas on Euroopa Kohus väljendanud selgelt seisukohta, et hankemenetluses osalenud isikule peab jääma kontroll hankija edasiste otsuste suhtes kuni hankemenetluse lõpuni ja seejuures peaks neil olema kontrollimise võimalus isegi lepingu täitmise suhtes.⁴⁹ Kui aga pakkuja vaidlustab enda hankemenetlusest kõrvaldamise, kvalifitseerimata jätmise või oma pakkumuse tagasilükkamise otsuse, mida vaidlustuse esimeses astmes ei rahuldata ja mille pakkuja kohtusse edasi kaebab, siis jääb hetkel vastuseta küsimus, kas kuni lõpliku lahendi jõustumiseni selles asjas peaks ta olema käsitletav pakkujana ning kas tal peaks samal ajal olema kaebeõigus hankija edasiste otsuste suhtes. Sellel küsimusel peatutakse lähemalt töö teises peatükis.

⁴⁸Euroopa Kohtu otsus C-249/01 *Hackermüller*, p 26 ja 29.

⁴⁹ Euroopa Kohtu 29.04.2004 otsus asjas C-496/99P *Succhi di Frutta*, p 59. EKL 2004, lk I-03801.

1.4. Vaidlustatav otsus või tegevus

Kaebõiguse teostamiseks on oluline teada, milliste otsuste või tegevuste peale saab hankemenetluses vaidlustuse esitada. Euroopa Kohus on vaidlustatava otsuse mõistet tõlgendanud laialt. Asjas C-81/98 *Alcatel* asus kohus seisukohale, et direktiividest ei tule otsuste mõiste tõlgendamisele mingeid piiranguid ja neid ei saa tuletada ka direktiivi 89/665/EMÜ (praeguseks muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) artiklist 2 (1) (b).⁵⁰ Lahendis C-26/03 *Stadt Halle* leidis kohus, et õiguskaitsemeetmete direktiivide tõhususe huvides tuleb igat hankija otsust, mille ta on teinud seoses riigihankedirektiivide kohaldamisalasse kuuluva hankemenetlusega ja mis omab õiguslikke tagajärgi, käsitleda otsusena direktiivi 89/665/EMÜ (praeguseks muudetud direktiiviga 2007/66/EÜ) artikli 1 (1) mõistes⁵¹. Siit jäävad välja üksnes sellised otsused, mis kujutavad endast hankemenetlusele eelnevat turu uurimist või mis on seotud ettevalmistusega hankemenetluseks.⁵² Kohtujurist Christine Stix-Hackl on *Stadt Halle* asjas muuhulgas märkinud, et vaidlustatavaks otsuseks võib olla hankija otsus mitte alata hankemenetlust, kuna see vastab oma olemuselt otsusele hankemenetluse lõpetamise kohta.⁵³ Vastav seisukoht ei tugine kuigi veenvatele põhjendustele, sest jurist ei selgita lähemalt, miks peaks need kaks otsust olema käsitletavad samaväärsetena. Hankemenetluse tühistamise otsus mõjutab hankemenetluses osalevaid või osalemisest huvitatud isikuid otseselt, samal ajal kui hankemenetluse alustamata jätmisega kaasneb üksnes hüpoteetiline mõju potentsiaalsetele hankemenetlusest huvitatud isikutele. Teistsugune on olukord mõistagi siis, kui hankija ei ole hankemenetlust alustanud ja on sõlminud otselepingu. Sellisel juhul aga peaks vaidlustamisele kuuluma eelkõige hankeleping, mitte hankija nn otsus mitte alata hankemenetlust. Üldiselt aga on õiguste rikkumise ja huvide kahjustamise määr üks võimalik alus vaidlustamisele kuuluvate hankija otsuste ringi määratlemiseks. Kohtujurist on kõnealuses kohtuasja raames rõhutanud, et riigihankedirektiivid reguleerivad hankemenetlust, mitte sellele eelnevaid faase, mis tähendab, et mõningate hankemenetlusele eelnevate otsuste vaidlustamise lubamine on juba iseenesest kaebõiguse piiride oluline laiendamine. Õiguskaitse võimaldamine hüpoteetilise õiguste või huvide kahjustamise vastu oleks hankijate otsustusvabaduse põhjendamatu piiramine. Arvestades, et riigihange peab rahuldama eelkõige hankija vajadused, ei saa

⁵⁰ Euroopa Kohtu 28.10.1999 otsus asjas C-81/98 *Alcatel Austria AG jt versus Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, p 35.ELK 1999, lk I-07671.

⁵¹ Trepte. P. P. Public procurement in the EU. A practitioner's guide. Oxford University Press, 2007. Lk 545.

⁵¹ *Ibid.* Lk 547.

⁵² Trepte. P. P. Public procurement in the EU. A practitioner's guide. Oxford University Press, 2007. Lk 547

⁵³ Kohtujuristi 23.09.2004 ettepanek asjas C-26/03 *Stadt Halle vs Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, p 23.

potentsiaalsete huvitatud isikute õiguste ja huvide hüpoteetiline rikkumine kaaluda üles hankija õigust otsustada hankemenetluse algatamise üle.

Direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1(1) viidatud hankija „otsused“ on üsna üldine mõiste ning samas ei ole direktiivis selgeid viiteid sellele, milline hankija tegevus või otsus selle mõiste alla liigitub. Kirjanduses on viidatud, et kindlasti kuuluvad nende otsuste alla direktiivi 89/665/EMÜ artiklis 2 (1) (b) märgitud otsused diskrimineerivate tehniliste, majanduslike ja finantsnäitajate kasutamise kohta. Samuti on otsusena käsitletav otsus pakkuja kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise kohta ning ka hankelepingu sõlmimise otsus.⁵⁴ Ülejäänud otsuste ja tegevuste liigitamine vaidlustatavaks otsuseks on vaieldavam, kuid oluliseks kriteeriumiks võiks siin olla hankija otsuse või tegevuse kahjustav mõju hankes osalevatele või osalemisest huvitatud isikute õigustele ja huvidele.

Näiteks vigadega hanketeade (*tender notice*) võib teatud juhtudel osutada pakkujate õigusi rikkuvaks, kuid see võib ilmneda alles siis, kui hankija on teinud selle põhjal mingi otsuse. Kui pidada silmas otsuse olemust, siis hanketeade iseenesest ei ole veel otsus, vaid see kujutab endast alles hankelepingu sõlmimise kriteeriumite teatavakstegemist. Küll aga võib vigadega hanketeatel olla õigusi rikkuv mõju, kui selle vastuolud riigihankedirektiividega toovad kaasa mõne pakkuja kõrvaldamise menetlusest või välistavad üleüldse mõne huvitatud isiku osalemise hankemenetluses. Kui pakkuja saab sellise vea olemasolust hanketeates teada juba enne, kui hankija on selle põhjal oma otsuseid tegema hakanud, siis tekib õigustatud küsimus, kas ta peaks saama hanketeadet vaidlustada juba enne hankija otsuseid, mis võivad olla hanketeate veast mõjutatud. Tegelikult ei välista direktiiv 89/665/EMÜ ega direktiiviga 2007/66/EÜ sellesse tehtud muudatused hanketeate käsitlemist vaidlustatavate hankija otsustena ja see, millised hankija otsused ja tegevused vaidlustamisele kuuluvad, sõltub eelkõige liikmesriigist endast. Pidades silmas vaidlustatava hankija otsuse mõiste laia tõlgendamist Euroopa Kohtu poolt, on paljude liikmesriikide õiguses ette nähtud hankija tegevuse vaidlustamine, mis hõlmab hankija otsuseid, toiminguid, dokumente, mis on seotud riigihankemenetlusega ja millel on pakkujate või huvitatud isikute õigusi või huve kahjustav mõju.

⁵⁴ Trepte, P. Public procurement in the EU. A practitioner's guide. Oxford University Press, 2007. Lk 545.

Vähemalt ühes otsuses on Euroopa Kohus otsuse mõiste laia sisustamist põhjendanud muuhulgas sellega, et kitsas tõlgendamine oleks vastuolus direktiivi 2007/66/EÜ artikliga 2 (1) (a), mille kohaselt tuleb võimaldada ajutiste meetmete rakendamise võimalus iga hankija otsuse („any decision taken by the contracting authorities“) puhul⁵⁵. Kuigi viidatud artikli inglisekeelne sõnastus sisaldab tõepoolest mõistet „any decision“⁵⁶, ei peaks sellest järeldama, et vaidlustatavate otsuste ring on piiramatu. Otsuse vaidlustatavus sõltub siiski sellest, kas ja mil määral see rikub huvitatud isikute õigusi. Näiteks pakkumuse esitamise kutse (*invitation to tender*) tagasivõtmise käsitlemine vaidlustatava otsusena eeldab, et see iseenesest on vastuolus riigihankeõigusega ning kahjustab hankemenetluses osalejate õigusi ja huve. Euroopa Kohus on põhjendanud sellise hankija otsuse vaidlustatavust sellega, et tegemist on hankija otsusega, mis lõpetab hankemenetluse ja selline otsus peab olema vaidlustatav, et kontrollida hankemenetluse lõpetamise vastavust riigihankeõigusele. Arvestades, et EL riigihankedirektiividest ei tulene hankijale kohustust hankemenetlus igal juhul lõpuni viia, võib tekkida küsimus, mille osas pakkumuse esitamise ettepaneku tagasivõtmise otsus võiks üldse EL riigihankeõigusega vastuollu minna. Siiski tuleb mõõnda, et võrreldes hanketeate vaidlustamise võimalusega on pakkumuse esitamise ettepaneku tagasivõtmise käsitlemine vaidlustatava hankija otsusena rohkem põhjendatud, sest see on iseseisev otsus, mille põhjal võivad isikud olla juba astunud samme ja see võib otseselt mõjutada hankemenetluses osalejate õigusi ja huve. Sel juhul tuleb tagada otsuse igakülgne vastavus EL riigihankeõigusele ja põhimõtetele ning selle alusel kehtestatud siseriiklikule õigusele.

Nii nagu direktiiv 2007/66/EÜ ei täpsusta, mida käsitletakse hankija otsusena, ei eristata seal ka materiaalõiguslike ja menetluslike otsuste vaidlustamist. Liikmesriikide hulgas on esinenud praktikat, kus siseriikliku õigusega on välistatud teatud hankija õigusvastaste menetluslike otsuste vaidlustamine. Näiteks Hispaanias välistati selliste menetlustoimingute vaidlustamine, mis ei toonud kaasa haldusmenetluse lõppemist, välja arvatud juhtudel, kus selline toiming mõjutas otseselt või kaudselt menetluse jätkumist või menetluse lõpptulemust, takistas menetlusosalisel oma õiguste teostamist või põhjustas muu korvamatu kahju menetlusosalise õigustele ja huvidele⁵⁷. Sisuliselt välistati väheoluliste menetluslike rikkumiste vaidlustamine.

⁵⁵ Koninck, C.D., Flamey, P. „European Public Procurement Law. Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Text and analysis.“ Kluwer Law International, 2009. Lk 109.

⁵⁶ Sama direktiivi eestikeelses tõlkes ei ole viidatud hankija „igale“ otsusele, vaid räägitakse lihtsalt „tellija (ehk hankija) otsusest“.

⁵⁷ Euroopa Kohtu 15.05.2003 otsus asjas C-214/00, *Commission of the European Communities vs Kingdom of Spain*, EKL I-4667, p 14, p 15.

Euroopa Komisjon leidis, et Hispaania Kuningriik on sellise õiguse kehtestamisega läinud vastuollu ühenduse riigihankeõigusega, sest direktiiv 89/665/EMÜ ei näe ette võimalust vaidlustatavate otsuste ringi piirata ning viitas direktiivi artiklite 1 (1), 2 (1)(b) ja 8 sõnastusele⁵⁸, millest tulenevalt peaks liikmesriik võimaldama iga väidetava rikkumise tõhusat ja kiiret vaidlustamist. Veel märkis Komisjon, et menetlustoimingute vaidlustamise võimalus on üks parimaid meetmeid, tagamaks hankija otsuste tõhus ja efektiivne läbivaatamine⁵⁹. Hispaania regulatsiooni kohaselt oli menetlustoimingute vaidlustamine lubatud siis, kui need mõjutavad oluliselt menetlusosalise õigusi ja huve või menetluse jätkumist ennast. Komisjon püüdis selles asjas väita, et hankemenetluses peaks olema vaidlustatav sõna otseses mõttes iga hankija otsus, mistõttu ei peaks Hispaania siseriiklik õigus direktiivi 89/665/EMÜ sätete tõlgendamise tulemusena piirama menetluslike otsuste vaidlustamist. Euroopa Kohus asus seisukohale, et Komisjoni etteheited Hispaaniale menetluslike otsuste vaidlustamise piiramise kohta ei ole põhjendatud⁶⁰, sest siseriikliku õiguse järgi on isikutele tagatud nende menetluslike otsuste vaidlustamine, millel on isiku õigustele oluline mõju.

Põhjendus, et õiguskaitsemeetmete efektiivsuse tagamiseks peab vaidlustatavate hankija otsuste ja tegevuste ring olema võimalikult lai, ei ole kohane, sest need kaks aspekti ei ole üksteisest sõltuvad. Õiguskaitsemeetmete tagamise eesmärk on küll pakkujale kiire ja tõhusa õiguste kaitse võimaldamine, kuid vaidlustatavate otsuste ja tegevuste piiramine ei välista tingimata õiguste efektiivset kaitset.

1.5. Kaebetähtaeg

Lisaks sellele, et kaebeõiguse teostamisel on vaidlustuse esitamiseks vajalik põhjendatud huvi olemasolu ning vaidlustamisele kuuluvat hankija otsust või tegevust, sõltub kaebeõiguse teostamise võimalus ka vaidlustuse esitamisele kehtestatud ajaliste piirangute järgimisest.

Kaebeõiguse tähtaegade kehtestamine hankemenetluses on iga liikmesriigi enda otsustada, kuid kui riik otsustab vaidlustustuse esitamiseks seada mingi kindla tähtaja, ei tohi need mingil moel pärssida õiguskaitse direktiivide rakendamise tõhusust. Direktiivi 2007/66/EÜ artikkel 2c seab

⁵⁸ Viidatud sätete puhul on silmas peetud sõnastusi, mis kehtisid enne direktiiviga 2007/66/EÜ tehtud muudatusi.

⁵⁹ Euroopa Kohtu otsus C-214/00, p 64.

⁶⁰ *Ibid*, p 79-81.

liikmesriikidele tähtaegade kehtestamisel tingimuseks, et hankemenetluse raames tehtud otsuse vaidlustamise tähtaeg peab olema:

- 1) vähemalt 10 kalendripäeva alates sellele päevale järgnevast päevast, mil hankija otsus edastati pakkujaile või kandidaadile faksi teel, elektrooniliselt või muu sidevahendi kaudu või;
- 2) vähemalt 15 kalendripäeva alates sellele päevale järgnevast päevast, kui tellija otsus edastati pakkujaile või kandidaadile või;
- 3) vähemalt 10 kalendripäeva alates hankija otsuse saamisele järgnevast päevast.

Kaebetähtajad ei tohi loetletud ajavahemikest olla lühemad, kuid liikmesriikidel on õigus neid minimaalseid perioode arvesse võttes kehtestada just enda oludesse sobiv kaebetähtaja raamistik.

Euroopa Kohus on vaidlustamise tähtaja kulgemise algust käsitlenud *Uniplexi* kaasuses⁶¹, kus vaidlusküsimuseks oli, kas hankija otsuse vaidlustamise tähtaeg algab hankija rikkumise hetkest või hetkest, mil kaebuse esitamiseks õigustatud isik rikkumisest teada sai. Kohus leidis, et üksnes pakkumise tagasilükkamise otsusest teada saades ei ole pakkujal või taotlejal veel võimalik hinnata, kas hankija tegevuses on esinenud rikkumisi. Hankija otsust on võimalik vaidlustada alles siis, kui pakkuja või taotleja on saanud asjakohase info põhjal veenduda rikkumise olemasolus. Seega saab vaidlustamise tähtaeg alata üksnes kuupäevast, mil kaebuse esitamiseks õigustatud isik rikkumisest teada sai või teada pidi saama.

Uniplexi vaidlus põhines Suurbritannias sel hetkel kehtinud riigihanke regulatsioonile, mille kohaselt tuli hankija otsus vaidlustada esimesel võimalusel, kuid igal juhul kolme kuu jooksul alates kuupäevast, mil ilmnesid põhjused kaebuse esitamiseks.⁶² Selline norm võimaldab kohtul jätta kaebuse läbi vaatamata ka siis, kui kaebus on esitatud tähtaegselt ehk 3 kuu jooksul, kuid kohtuniku arvates ei ole see esitatud „esimesel võimalusel“. Kaebuse esitajal ei ole siin võimalik teada, kas ja millal tema kaebeõiguse teostamise võimalus aegub, mistõttu ei pea Euroopa Kohus sellist normi tõhusa õiguskaitse eesmärkidega kooskõlas olevaks.

⁶¹ Euroopa Kohtu 28.01.2010 otsus asjas C-406/08 Uniplex (UK) Ltd *versus* NHS Business Services Authority. EKL 2010, I-00817.

⁶² The Public Contracts Regulations 2006, No 5. England, Wales, Northern Ireland. Paragraph 47 (7) (b): *Proceedings under this regulation must not be brought unless those proceedings are brought promptly and in any event within 3 months from the date when grounds for the bringing of the proceedings first arose unless the Court considers that there is good reason for extending the period within which proceedings may be brought.*

Kuigi Uniplexi kaasuse lahend tõi kaasa vastavad muudatused Suurbritannia riigihankeregulatsioonis, ei seisne viidatud tingimuste problemaatilisus mitte niivõrd kriteeriumi „esimesel võimalusel“ hindamise kaalutlustes. Kuna riigihankeasjades on kiire tegutsemine tõhusa õiguskaitse saavutamiseks oluline, on võimalikult kiire vaidlustamise nõue põhjendatud. Vaidlustamise õigeaegsuse hindamine toimub eelkõige konkreetsete asjaolude pinnalt ja kui nähtub, et kaebus on ilma põhjuseta esitatud hiljem kui esimesel võimalusel, oleks selle läbivaatamata jätmine kooskõlas direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1 (3) sedastatud eesmärgiga, et otsused tuleb läbi vaadata võimalikult kiiresti. Väljaspool Euroopa Liitu on sarnane vaidlustuse esitamise tähtaja regulatsioon kasutusel ka näiteks Iisraelis, kus kohus saab vaatamata tähtaegselt esitatud kaebusele asuda seisukohale, et juhtumi asjaolusid arvestades on kaebuse esitamisega siiski liigselt viivitatud.⁶³ Kuigi vastavaid norme kritiseeritakse ka Iisraeli riigihankeõiguse spetsialistide poolt, ei ole selline lähenemine autori arvates vastuolus efektiivse õiguskaitse põhimõttega, vaid tegemist on ühe võimaliku meetmega riigihankemenetluse tõhususe tagamiseks. Mandri-Euroopa õiguskultuurile kohaselt on Euroopa Liit pidanud hankemenetluses osalejatele õigusselguse tagamist olulisemaks kui riigihankeõiguse vaidlustusmenetluse efektiivsust.

Vaidlustamise tähtaeg on tihedalt seotud hankija põhjendustega oma otsuste kohta, sest põhjendus peab aitama isikul hinnata, kas on põhjust hankija otsuse vaidlustamiseks või mitte. Samasugune seos on haldusõiguses kaebetähtaja kulgemise alguse ja haldusakti teatavastegemise vahel. Ka haldusõiguses saab isik alles haldusakti sisu ja põhjendustega tutvudes hinnata, kas on alust kaebuse esitamiseks või mitte.

Kaebetähtaja seos hankija põhjendustega oma otsuse kohta tõsteti esile hiljutises Euroopa Kohtu otsuses C-161/13 *Idrodinamica*⁶⁴. Itaalias kehtiva kaebeõiguse regulatsiooni kohaselt algas 30-päevane tähtaeg hankija otsuse vaidlustamiseks hetkest, mil hankija edastas pakkujatele teate edukaks tunnistatud pakkumuse kohta, kuid tegi pärast teate edastamist ja enne hankelepingu sõlmimist otsuse, mis mõjutas pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse õiguspärasust. See tähendab, et hankija otsustas sõlmida lepingu eduka ühispakkujaga ka pärast seda, kui ühispakkuja teatas ühe oma liikme lahkumisest, kuid kinnitas, et ühispakkujad suudavad jätkuvalt vastata hanketingimustele. Kui pakkujad sellisest muudatusest teada said,

⁶³ Reich, Arie. The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform. P.P.L.R., 2014, lk 57.

⁶⁴ Euroopa kohtu 08.05.2014 otsus asjas C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox and Others versus Acquedotto Pugliese SpA*. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

oli 30-päevane tähtaeg pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamiseks juba möödunud. Kuna pakkujatel polnud pakkumuse edukaks tunnistamise otsust saades võimalik kaebetähtaja jooksul hankija uuest, õigusvastasest otsusest teadlikuks saada, tuleb õiguskindluse ja tõhusa õiguskaitse eesmärki silmas pidades lugeda 30-päevane kaebetähtaeg uuesti alanuks alates hetkest, mil pakkujad hankija rikkumisest teada said või teada saada pidid.

Euroopa Kohtu praktika kohaselt on seega õiguskaitsemeetmete direktiiviga kooskõlas sellised kaabeõiguse tähtajad, mis hakkavad kulgema alates otsusest ja selle sisust teada saamisest või sellest hetkest, mil isik asjaolude põhjal ilmselgelt pidi otsusest teadlikuks saama. Võimalikest tõlgendustest aitab just selline käsitus isikutel kõige paremini kaitsta oma EL riigihankeõigusest tulenevaid õigusi.⁶⁵

Kuigi riigihankeõiguses on vaidlustamise tähtaegade piiramine ja nende järgimine väga vajalik, võib siiski olla vajalik ka sellise kiireloomulise menetluse korral tagada tähtaegade pikendamise või ennistamise võimalus, kui selleks on mõjuvad põhjused. Kirjanduse põhjal peetakse hankemenetluses selliseks mõjuvaks põhjuseks näiteks olukorda, kus hankija on meelega varjanud või moonutanud vaidlustuse esitamise aluseks olevaid asjaolusid nii, et rikkumine tuleb välja alles pärast vaidlustamistähtaegade möödumist.⁶⁶ Samas on märgitud ka seda, et kaabeõiguse tähtaja pikendamiseks võib olla alus ka siis, kui kogu hankemenetlus on vastuolus riigihankedirektiividega, kuid hankemenetluses osaleja avastab selle alles siis, kui kõik vaidlustamistähtajad on möödunud. Näitlik juhtum esines kohtuasjas C-327/00 *Santex*, kus hankija laskis pakkujal arvata, et spetsiifilise loomuga hankedokumendi tingimust tõlgendatakse mittediskrimineerival moel, mistõttu isik ei vaidlustanud seda tingimust õigeaegselt. Kohus leidis, et vaidlustamise tähtaeg (60 päeva) oli igati mõistlik, kuid kuna hankija käitumine muutis kaabeõiguse teostamise väga raskeks, annab see aluse kaebetähtaja pikendamiseks.⁶⁷ Kohus on siiski eraldi rõhutatud, et kuivõrd kaebetähtaegade seadmine on liikmesriigi pädevuses, tuleks liikmesriigi kohtutel sarnase olukorra tekkides tõlgendada siseriiklikku õigust võimalikult selliselt, et kaabeõiguse tähtaega oleks võimalik pikendada või ennistada. Kui siseriiklikud normid seda ei võimalda, peaks kohus kohaldama täielikult Euroopa Liidu õigust ja jätma kohaldamata siseriiklikud normid, mis viiksid vastupidisele

⁶⁵ Euroopa Kohtu 27.02.2003 otsus asjas C-327/00 *Santex SpA versus Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, p 55.

⁶⁶ Trepte, P. *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*. Oxford University Press, 2007. Lk 549.

⁶⁷ Bovis, C.H. *Public Procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions*. C.M.L.R., 49, 2012. Lk 279.

tulemusele võrreldes EL õiguses, antud juhul õiguskaitsemeetmete direktiivides sätestatud eesmärkidega.⁶⁸

Hankemenetluses on seega kehtestatud tunduvalt konkreetsemad ja ka lühemad tähtajad võrreldes haldusmenetlusega ja seejuures ei ole EL riigihankeõiguses otsesõnu ette nähtud kaebetähtaegade ennistamise ega pikendamise võimalust. Ennistamise vajaduse võimalikkust on seni möönnud Euroopa Kohus üksnes oma otsuses C-327/00 *Santex* (viidatud eelmises lõigus). Olukord, kus niigi lühikeste vaidlustamistähtaegade tõttu piiratud kaebeõigust takistab hankija enda tegevus, on ennistamise võimalus asjakohane, sest vastasel juhul tähendaks see hankijapoolsete rikkumiste aktsepteeritavust, mida aga ei saa õiguskaitsemeetmete direktiivide valguses kindlasti lubada.

1.6. Vahekokkuvõte

Direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) põhjal on hankemenetluses hankija otsuste või tegevuse vaidlustamise eelduseks huvi olemasolu hankelepingu sõlmimise vastu ning hankija tegevusest tingitud kahju tekkimise riski olemasolu. Neid eeldusi silmas pidades piirdub hankemenetluses kaebeõigust omada võivate isikute ring:

- 1) hankemenetluses osalemisest huvitatud isikutega, kes tõendavad oma huvi hankelepingu sõlmimise vastu;
- 2) hankemenetluses pakkumuse esitanud pakkujatega;
- 3) hankemenetlusest hankija otsusega välja arvatud pakkujatega.

Hankelepingu sõlmimise huvi eeldatakse isiku puhul, kes on turul tegutsev kui hankemenetluse esemeks oleva asja või teenuse pakkuja ning kes on hankelepingu sõlmimisest isiklikult huvitatud. Kaebeõigust omada võiva isiku alltöövõtjale valitseva Euroopa Kohtu praktika kohaselt kaebeõiguse omistamiseks alust ei ole, kuivõrd alltöövõtjal isiklikult puudub hankelepingu sõlmimise huvi.

Kaebuse lubatavust hinnatakse hankemenetluses haldusõigusliku iseloomuga kriteeriumide järgi, mis tähendab, et vaidlustatav otsus või tegevus peab isikut isiklikult puudutama, tegevus

⁶⁸ Euroopa Kohtu otsus C-327/00 *Santex*, p 63-64.

või otsus peab olema õigusvastane ning vaidlustuse rahuldamine peab aitama isiku õiguslikku olukorda parandada või tema õiguste edasisele kaitsele kaasa aidama.

Põhjendatud huvi on seotud eelkõige hankelepingu sõlmimise huviga ning Euroopa Kohtu praktikat arvestades tuleb sellise huvi olemasolu tõlgendada laialt. Vastasel juhul vähendatakse direktiivis 2007/66/EÜ kehtestatud õiguskaitsemeetmete tõhusust. Huvi olemasolu hindamisel tuleb pöörata suurt tähelepanu kaasuse asjaolude hindamisele, sest ainult faktide hindamise kaudu on võimalik tuvastada hankelepingu sõlmimise huvi olemasolu seoses konkreetse kaebusega.

Euroopa Kohtu praktika kohaselt on pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise eelduseks, et isik on edukalt vaidlustanud ka enda pakkumuse tagasilükkamise otsuse. Kohtu hinnangul ei saa isikul olla põhjendatud huvi pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamiseks pärast seda, kui isiku kaebus enda pakkumuse tagasilükkamise kohta jäeti rahuldamata või läbi vaatamata. See hinnang on teatud määral vastuolus Euroopa Kohtu seisukohtadega teistes hankemenetlust puudutavates vaidlustes: kohus leidnud, et hankemenetluses osalenud isikule peaks säilima kontrollimise õigus hankija edasiste otsuste, sh isegi lepingu täitmise õiguspärasuse suhtes, samuti on Euroopa Kohus rõhutanud, et isiku huvi hankelepingu sõlmimiseks ei tohi sisustada viisil, mis pärsiks efektiivset õiguste kaitsmist. Nende seisukohtade valguses ei pruugi pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamise eeldus praktikas paika pidada, sest hankelepingu sõlmimise huvi lai sisustamine võib isikule omistada hankelepingu sõlmimise võimaluse ka pärast seda, kui ta on hankija õiguspärase otsusega hankemenetlusest välja arvatud. Eelkõige tuleb see kõne alla siis, kui hankija on pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse teinud või hankelepingu sõlminud riigihankeõigust rikkudes.

Vaidlustamisel kuuluvad mitte ainult hankemenetluses tehtud hankija otsused, vaid ka kõik tegevused, mis on toimunud seoses riigihankedirektiivide kohaldamisalasse kuuluva hankemenetlusega ning mis omavad õiguslikke tagajärgi. Ka siin pooldab Euroopa Kohtu praktika määratluse laia sisustamist, eesmärgiga mitte piirata õiguskaitse direktiivi efektiivset kohaldamist. Vaidlustamisele ei kuulu sellised hankija tegevused ja otsused, mis on seotud hankemenetlusele eelneva turu-uurimisega või muude ettevalmistustega hankemenetluse korraldamiseks. Hankemenetlusega seotud tegevuse või otsuse vaidlustatavust tuleb hinnata igakordselt, arvestades selle õiguslikku mõju kaebeõigust omavale isikule.

Direktiiv 2007/66/EÜ kehtestab lühimad võimalikud tähtjad hankemenetluses kaebuse esitamiseks, mida liikmesriigid peavad siseriiklikus riigihankeõiguses kaebetähtaegade sätestamisel arvestama. Hankemenetluse olemust silmas pidades kehtib hankija tegevuse ja otsuste vaidlustamisel põhimõte, et seda tuleb teha võimalikult kiiresti pärast enda õigusi mõjutavast hankija rikkumisest teada saades, kuid seaduses kehtestatud vaidlustamise tähtaja piires esitatud kaebus loetakse alati tähtaegselt esitatuks. Kui hankija käitumine raskendab või takistab kaebuse õigeaegset esitamist, tuleb kaebetähtaega pikendada või lugeda uuesti alanuks hetkest, mil isik rikkumisest teda sai või pidi teada saama.

2. Kaebeõigus Eesti riigihankeõiguses

2.1. Haldusõiguse põhimõtete kohaldamine

Eestis lahendab hankemenetluses esitatud vaidlustusi Rahandusministeeriumi juures asuv riigihangete vaidlustuskomisjon⁶⁹ (VAKO). VAKO on kohtuväline vaidlustusi lahendav organ ning selle läbimine on kohustuslik enne kaebusega halduskohtusse pöördumist. Vaidlustuste lahendamisel lähtutakse riigihangete seaduses sätestatud vaidlustusmenetluse regulatsioonist ning RHS § 127 lõike 5 kohaselt on vaidlustuse rahuldamise korral VAKO otsus hankijale täitmiseks kohustuslik. VAKO senisest praktikast⁷⁰ nähtub, et hankemenetluses esitatud vaidlustuste lahendamisel lähtutakse kaebeõiguse hindamisel haldusõiguse põhimõtetest nagu

- 1) isiku subjektiivsete õiguste kaitse;
- 2) vaidlustatava otsuse või tegevuse õigusvastasus, vaidlustaja õiguste rikkumine ning õiguste edasisele kaitsmisele kaasaaitamine kui kaebuse rahuldamise eeldused;
- 3) kaebeõiguse hindamine kaebuse esitamise hetke seisuga.

Nii haldusõiguses kui riigihankeõiguses seisneb õiguste kaitse subjektiivsus selles, rikkumine peab puudutama vaidlustajat isiklikult, kellegi teise huvides riigi või hankija tegevust vaidlustada ei saa. Haldusõiguses tähendab isiku subjektiivsete õiguste kaitse seda, et kaitstakse isiku subjektiivset avalikku õigust, mis on isikule õigusnormiga antud õigusvõime nõuda oma huvide teostamisel riigilt kindlat käitumist⁷¹. Kaitstavaks huviks võib seejuures olla iga avalikust õigusest isikule tulenev õigus. Riigihankeõiguses seisneb isiku subjektiivne õigus kitsalt õiguses nõuda hankijalt hankemenetluse korraldamisel Euroopa Liidu ja siseriikliku riigihankeõiguse järgimist ning kaitstav huvi on eelkõige õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus.

Kaebeõiguse hindamisel kontrollitakse haldusõiguses ja riigihankeõiguses põhjendatud huvi kaebuse esitamiseks. Haldusõiguses kontrollitakse põhjendatud huvi kriteeriumide alusel, mis on tuletatud halduskohtumenetluse seadustiku⁷² (HKMS) § 44 lõike 1 sõnastusest: kaebajal peab olema isiklik puutumus vaidlustatava haldusakti või toiminguga, mis väljendub tema

⁶⁹ Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus. Vastu võetud 18.04.2007. RTL 2007, 34, 599. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13325606> Otsing: 30.04.2015

⁷⁰ Töö jaoks on uuritud aastatel 2011-2014 VAKO poolt tehtud lahendeid, milles on puudutatud kaebeõiguse küsimust.

⁷¹ Merusk, K., Koolmeister, I. Haldusõigus. Tallinn, Õigusteabe AS Juura, 1995, lk 51.

⁷² Halduskohtumenetluse seadustik. Vastu võetud 27.01.2011. RT I, 23.02.2011, 3. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/119032015024> Otsing: 06.04.2015.

õiguse riives; tegemist peab olema subjektiivse avaliku õiguse riivega, lihtsalt huvi või muu õigusest nõrgem puutumus ei ole haldusõiguses kaitstav; esitatud kaebus peab rikutud õiguste kaitsele kaasa aitama ehk olema sobiv.⁷³

Haldusõiguses on valdkonna asjatundjad eristanud põhjendatud huvi ja õiguslikku huvi, märkides, et põhjendatud huvi ei võrdu õigusliku huviga, vaid on viimasest palju laiem mõiste ja hõlmab ka õiguslikku huvi.⁷⁴ Niisiis tuleb järeldada, et põhjendatud huvi on käsitletav laiemalt kui üksnes isiku õiguste ja vabaduste rikkumise seisukohalt. Mõistlikult tuleb eeldada ka seda, et sellist huvi ei ole võimalik ammendavalt defineerida, kuivõrd põhjendatud huvi olemasolu sõltub igal juhul täielikult konkreetse kaasuse asjaoludest. Haldusõiguses on kaabeõigusega kaitstavad õigused erinevad ning põhjendatud huvi mõiste saab laia sisu tulenevalt kaitstavate huvide paljususest. Riigihankeõiguses kaitstakse eelkõige vaid üht isiku õigust, milleks on õiguspärase hankelepingu sõlmimise võimalus. Selleks, et Euroopa Liidu direktiivist 2007/66/EÜ tulenevate õiguskaitsemeetmete rakendamine oleks võimalikult tõhus, tuleb hankelepingu sõlmimise võimalust kui põhjendatud huvi ainsat kriteeriumit sisustada alati viisil, mis tagaks isikule hankemenetluses tema õiguste efektiivse kaitse. See tähendab, et iga vaidlustuse puhul tuleb hankelepingu sõlmimise võimaluse olemasolu hindamisel arvestada kõiki konkreetse kaasuse asjaolusid, millest lähtuvalt võib isikul olla võimalus hankelepingu sõlmimise saavutamiseks.

Kaebaja õiguste edasisele kaitsele kaasaaitamise nõue kui üks kaebuse rahuldamise eeldustest tähendab haldusõiguses seda, et kaebuse rahuldamisele ei pea vahetult järgnema automaatne õiguste rikkumise kõrvaldamine. Õiguste edasisele kaitsele kaasa aitamise nõue on täidetud ka siis, kui kaebuse rahuldamise tulemusena saab isik astuda järgmisi samme, mis on vajalikud tema õiguste kaitseks. Näiteks võib kaebaja eesmärk olla kahjunõude esitamine, kuid selle esitamiseks võib ta olla sunnitud esmalt pöörduma halduskohtusse mingi haldusakti või toiminguga õigusvastasuse tuvastamiseks. Õigusvastasuse tuvastamine ja kahjunõude menetlemine võib toimuda erinevates halduskohtumenetlustes ning tuvastamiskaebuse rahuldamine ühes menetluses ei too sel juhul kaasa kahju hüvitamist, vaid annab isikule aluse kahjunõude esitamiseks.⁷⁵ Riigihankeõiguse kontekstis peaks edasisele õiguste kaitsele kaasaaitamise eeldus olema seega täidetud ka siis, kui vaidlustuse rahuldamise tulemusena

⁷³ Merusk, K. Pilving, I. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2013, Tallinn. Lk 180.

⁷⁴ Merusk, K. Halduslepingu vaidlustamine halduskohtus: probleemid ja võimalikud lahendused. Juridica 1999, nr 9, lk 459.

⁷⁵ Vt näiteks Riigikohtu 19.10.2005 otsust asjas 3-3-1-46-05 ning Riigikohtu 19.04.2003 otust asjas 3-3-1-46-03.

satub isik olukorda, kus hankelepunguni jõudmine ei ole talle tagatud, kuid selline võimalus ei ole tema jaoks ka välistatud.

Kaebõigust hinnatakse haldusõiguses kaebuse esitamise hetke seisuga. Riigikohus on oma otsustes läbivalt märkinud, et kaebõigusele antakse hinnang kaebuse esitamise hetke seisuga ja hilisemad sündmused ei saa isiku kaebõigust välistada.⁷⁶ See tähendab, et kui kaebuse esitamise hetkel on isikul seadusest tulenev alus kaebuse esitamiseks, ei jää isik asjaolude hilisemal muutumisel kaebõigusest ilma ja kaebus tuleb ikkagi läbi vaadata. Riigihankeõiguses tuleb nimetatud põhimõtte kohaldamisel arvestada, et kui vaidlustuse õigeaegne esitamine ei olnud võimalik hankija käitumisest tingitud põhjustel (andis huvitatud isikule või pakkuja alust arvata, et rikkumist ei ole toimunud või ei teavitanud hankemenetluses osalejaid oma otsustest jms) ning rikkumisest teadasaamise hetkeks on isik kaebõiguse minetanud, võib isiku ilmajätmine kaebõigusest tähendada riigihankeõiguse rikkumiste aktsepteerimist. See aga ei ole kooskõlas direktiiviga 2007/66/EÜ kehtestatud õiguskaitse eesmärgiga ning vastupidiselt direktiiviga seatud eesmärgile ei ole tagatud EL riigihankeõiguse järgimine ega ka hankemenetluses osalejate või osalemisest huvitatud isikute õiguste efektiivne kaitse.

2.2. Pakkujale esitatud kriteeriumide täitmine

Euroopa Kohus on asjas C-305/08 *CoNISMa* märkinud, et pakkumuse või taotluse võib hankemenetluses esitada mis tahes isik või üksus, kes hanketeates loetletud tingimusi arvestades leiab, et on võimeline hankelepungut täitma, olenemata sellest, kas ta täidaks lepingut isiklikult või allhanget kasutades, kas ta on era- või avalik-õiguslik isik või kas ta tegutseb turul järjepidevalt või aeg-ajalt.⁷⁷ Eesti halduskohus ei ole kaebõiguse omistamisel nii laia määratlust aktsepteerinud. RHS § 117 lg 1 kohaselt on kaebõigusega isikuteks pakkuja, taotleja või hankemenetluses osalemisest huvitatud isik, kes leiab, et tema huve ja õigusi on hankijapoolse rikkumise tõttu kahjustatud. Asjakohased põhjendused oma õiguste ja huvide rikkumise kohta peab vaidlustaja RHS § 121 lg 2 p 3 järgi esitama oma vaidlustuses. Praktikas on leitud, et hankel osalemise huvi olemasolu iseenesest ei tähenda veel, et vaidlustaja võimalus

⁷⁶ Näiteks RK 14.05.2002 otsus asjas 3-3-1-25-02 p 24, RK 16.11.2011 otsus asjas 3-3-1-65-11, p 15.

⁷⁷ Euroopa Kohtu 29.12.2009 otsus asjas C-305/08 *CoNISMa*.

hankementluses osalemiseks tuleb lugeda usutavalt realiseeritavaks.⁷⁸ Kui isikul puudub võimalus riigihankelepingu sõlmimiseni jõuda, ei saa isikul olla põhjendatud huvi hankija otsuse vaidlustamiseks, isegi kui hankija otsus on olnud õigusvastane. Sisuliselt tähendab see, et põhjendatud huvi olemasolu tunnistatakse üksnes siis, kui vaidlustuse või kaebuse rahuldamisel satub vaidlustaja olukorda, kus tal on võimalik saavutada endaga hankelepingu sõlmimine. Hankelepingu sõlmimise võimaluse realiseerumise usutavus on vaidlustuspraktikas seotud muuhulgas ka RHS § 12 lõikega 3, mis määratleb hankemenetluses osaleva pakkuja mõiste. Hankemenetluses osalemise võimaluse usutava realiseerumise kriteeriumile viitas halduskohus asjas 3-14-50374, kus vaidlustaja oli transporditeenuse hankes hankedokumendid välja võtnud üheksa päeva enne pakkumuse esitamise tähtaja saabumist. Vaidlustajaks oli seejuures ettevõtte, kelle registrijärgne tegevusala oli väikelaenude pakkumine, millel polnud ühtegi seost transporditeenuse osutamisega, kuid ettevõtte väitis endal olevat soovi esitada ühispakkumus. Riigihanke eseme keerukust ja konkurentsivõimelise pakkumuse esitamiseks kuluvat aega hinnates pidas kohus isiku hankemenetluses osalemise ja seega hankelepingu sõlmimise saavutamise võimaluste realiseerumist väheusutavaks ning leidis, et isikul puudub kaebeõigus.

VAKO oli eelnevalt samas asjas kaebeõiguse hindamisel leidnud, et väikelaenudega tegelev ettevõtte võib põhimõtteliselt olla hankelepingu sõlmimisest huvitatud isik, kui ettevõtte esitab kinnituse ühispakkumise esitamise kohta koos teise, transporditeenust pakkuva ettevõttega.⁷⁹ Kuigi kohus lõpuks sellise lähenemisega ei nõustunud, väärrib märkimist VAKO seisukoht, mille järgi RHS §-st 117 ei tulene, et kaebuse esitamiseks õigustatud huvitatud isik peab osutama konkreetse riigihanke esemeks olevat teenust turul. RHS § 12 lg 3 kohaselt on pakkujaks iga isik, kes pakub asju, teenuseid või ehitustööde tegemist turul ning VAKO arvates ei kirjuta säte ette, millist teenust vaidlustuse esitav pakkuja peab osutama.

Ainult RHS § 12 lg 3 esimese lause sõnastuse põhjal on küll põhimõtteliselt võimalik nii väita, kuid riigihanke eesmärki arvestades ei saa töö autor VAKO sellise tõlgendamisega nõustuda. Kaebeõigust ei saa vaidlustusmenetluses omistada üksnes grammatilisest tõlgendamisest lähtuval kaalutlusel, et seadus ei eelda pakkuja tegutsemist hanke esemeks olevas valdkonnas. Riigihanke eesmärk on leida teatud teenuse või asja jaoks parim pakkuja, mistõttu ei ole põhjendatud nende isikute osalemine hankemenetlusel, kes oma huvi hankelepingu sõlmimise vastu riigihanke esemega seotuse kaudu ei tõenda. Isiku vastavust konkreetsetes hankemenetluses

⁷⁸ TlnHK31.03.2014 määrus haldusasjas nr 3-14-50374.

⁷⁹ VAKO 26.03.2014 otsus nr 64-14/142343 (SIA-JO).

pakkujale esitatavatele nõuetele võib pidada hankemenetlusel osalemise mõistlikuks eelduseks, vähemalt osas, mis puudutab seotust hankelepingu esemeks oleva valdkonnaga. Isik ei saa olla hankemenetluses osalemisest huvitatud isik, kui tema tegevusala ei vasta riigihanke esemeks olevale valdkonnale või ei oma sellega mingit usutavat puutumust. Vastupidine seisukoht oleks põhjendamatu, sest autori arvates puudub mõistlik õigustus sellele, et kõikide valdkonnaga seotud pakkujate seast valitakse hankelepingut täitma pakkuja, kes kasutab selleks peamiselt teiste ettevõtete vahendeid, omamata ise kogemusi või vahendeid lepingu täitmiseks. Hangete läbiviimise mõte peaks siiski olema leida pakkujad vastavas valdkonnas tegutsejate hulgas, eesmärk ei ole ja ei pea olema ühe valdkonna hanke käigus tagada konkurents kõikide valdkondade pakkujate seas. Selline käsitus ei läheks vastuollu direktiivi 2007/66/EÜ artikliga 1 (3), sest üldisele sõnastusele vaatamata võib mõistlikult eeldada, et sätte mõte ei ole võimaldada hankemenetluses kaebeõigus igauhele, olenemata tema võimalikust sobivusest hankemenetluses osalevaks pakkujaks. Samuti oleks lähenemine kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohaga asjas C-410/01 *Fritsch*, mille kohaselt ei tohi huvi hankelepingu sõlmimise vastu sisustada viisil, mis pärsiks direktiivi 2007/66/EÜ tõhusust. Seega tuleb nõustuda Tallinna Ringkonnakohtu seisukohaga asjas 3-14-50271, et kui ühispakkujatel on tõsine huvi hankelepingu sõlmimise vastu, saab hankedokumente vaidlustada üksnes isik, kes täidab pakkujale esitatud kriteeriumid⁸⁰. Ringkonnakohtu vastava seisukoha võttis VAKO üle hiljem ühe teise vaidlustuse lahendamisel, sedastades oma otsuses, et hankedokumentide vaidlustamisel peab vaidlustaja olema tegev sõlmitava hankelepingu eseme valdkonnas või ta peab oma õigust vaidlustuse esitamiseks tõendama selliste ühispakkujate olemasoluga, kes selles valdkonnas tegelevad.⁸¹

Viidatud Eesti kohtulahendid ja VAKO otsused puudutavad ühte konkreetset Tallinna Transpordiameti hanget sõitjateveo teenuse pakkuja leidmiseks. Selle hanke dokumente vaidlustati erinevate isikute poolt korduvalt, nende hulgas oli mitu sellist isikut, kes ei vastanud pakkujale esitatud nõuetele, sh juba mainitud väikelaenude andmisega tegelev ettevõtte, kuid kes põhjendasid oma vaidlustuse esitamist ühispakkumise esitamise sooviga. Vaidlustajate hulgas oli veel näiteks kaubavedudega tegelev ettevõtte⁸² ning taksoteenuse korraldamisega tegelev ettevõtte⁸³. Kummalgi ei olnud vajalikku puutumust ega kogemust hankelepingu esemeks olnud sõitjateveo teenuse osutamiseks. Ka need ettevõtted võtsid hankedokumendid välja vaid mõned päevad enne pakkumuste esitamise tähtaega. Sarnaselt väikelaenuga

⁸⁰ TlnRnK 14.03.2014 määrus asjas 3-14-50271 (Contrailer OÜ).

⁸¹ VAKO 04.04.2014 otsus 64-14/142434 (SIA JO Investicijas).

⁸² TlnRnK 14.03.2014 määrus asjas 3-14-50-271.

⁸³ TlnHK 20.05.2014 määrus asjas 3-14-50835; TlnRnK 28.05.2014 määrus asjas 3-14-50835.

tegelevale ettevõttele ei omistanud kohus ka neile kaebeõigust, sest hankemenetluses pakkujale esitatud tingimustele mittevastavuse tõttu ei olnud kohtu hinnangul tegemist kaebuse esitamiseks õigustatud isikutega.

Hankedokumentide vaidlustamine isikute poolt, kes ei vasta pakkujale esitatud nõuetele, teenib peamiselt hankemenetluse pahatahtliku peatamise eesmärki. Viidatud praktikas on vaidlustajad ära kasutanud konkreetselt RHS § 12 lõikega 4 ette nähtud ühispakkumise esitamise võimaluse, mis laseb isikul väita oma huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Kuigi VAKO on nende kaebuste puhul puudutanud RHS § 12 lõikest 3 tulenevat pakkuja mõiste sisustamise küsimust viisil, mis võimaldaks tõepoolest igal vaidlustuse esitajal, on kohtud seadnud vaidlustuse esitamiseks õigustatud isikuks kvalifitseeruvale vaidlustajale mõistlikud kriteeriumid, mis peaks aitama veenduda väidetava hankelepingu sõlmimise huvi tõsiseltvõetavuses:

- 1) hankedokumentide vaidlustaja peab vastama pakkujale esitatud kriteeriumitele;
- 2) ühispakkujate poolt esitatud vaidlustuse korral saab vaidlustuse esitada see ühispakkuja, kes vastab pakkujale esitatud kriteeriumitele;
- 3) vaidlustuse esitaja peab esitama veenvad tõendid oma hankelepingu sõlmimise võimaluse usutava realiseerimise kohta.

Kuna loetletud kriteeriumid ei ole RHS § 12 lõike 3 ega ka § 117 lõike 1 kehtivast sõnastusest otseselt tuletatavad, võimaldab viidatud sätete koosmõju kaebeõigust omava isiku mõiste sisustamist viisil, mis ei ole kooskõlas direktiivi 2007/66/EÜ eesmärgiga tagada kaebeõigus üksnes sellistele isikutele, kes on huvitatud hankelepingu sõlmimisest ja kes võivad rikkumise tõttu kahju kannatada. Seetõttu tuleks kaebeõiguse hindamisel RHS § 12 lõikeid 3 ja 4 tõlgendades võtta arvesse ka neid kohtupraktikas kujunenud kriteeriumeid.

Selguse huvides võib siin tekkida vajadus täpsustada, mil määral on pakkujale esitatud tingimustele vastamine vajalik, et tekiks kaebeõigus. Autori hinnangul on riigihanke esemeks olevas valdkonnas tegutsemise nõude täitmine vaidlustamise õiguse tekkimiseks piisav. Kõikidele pakkujale esitatud tingimustele vastamise eeldamine pole põhjendatud, sest hanke alusdokumentide vaidlustamine peab olema lubatud ka isikule, kes ei pruugigi kõikidele pakkujale esitatud tingimustele vastata ja tema vaidlustuse põhjus võibki seisneda selles, et mõni kehtestatud tingimustest on diskrimineeriv.

Eespool kirjeldatud vaidlustuste puhul ei omistatud pontentsiaalsele hankemenetluses osalejale kaebeõigust eelkõige selle tõttu, et vaidlustuse esitaja ei vastanud pakkujale esitatud nõuetele, st ei olnud tegutsev valdkonnas, mis oli riigihanke esemeks. Kaebeõiguse omamise küsimus võib aga tõusetuda ka olukorras, kus hankemenetluses osalemisest huvitatud isik vastab pakkujale esitatud nõuetele, kuid vaidlustab hankedokumente väga lühikest aega enne kaebetähtaja saabumist. SA Kredex kuulutas 08.07.2014 välja riigihanke käenduste ja laenamise tarkvara arenduseks, milles pakkumuse esitamise tähtaeg oli 21.08.2014. Inversion Software OÜ vaidlustas hankedokumendid 18.08.2014, olles hankedokumentide tutvumise kaudu registreerunud huvitatud isikuks alles 14.08.2014. Hankija viitas pahatahtlikkusele ja sellest tingitud kaebeõiguse puudumisele, tuues võrdluseks ka käesolevas töös mainitud Tallinna Transpordiameti hanke vaidlustusi. VAKO asus oma otsuses siiski seisukohale, et vaidlustajal on kaebeõigus.⁸⁴ Võrdlust Tallinna Transpordiameti hanke vaidlustustega ei pidanud VAKO kohaseks, kuivõrd seal oli tegemist vaidlustajatega, kel puudus isiklikult võimalus hankelepingut täita ja kes ei vastanud seega hankemenetluses pakkujale kehtestatud tingimustele. Inversion Software OÜ tegevusala puhul ei olnud hanke esemeks olnud valdkonnale vastavuses kahtlust. VAKO märkis selles otsuses, et isegi kui Inversion Software OÜ ei vasta mõnele kvalifitseerimise tingimusele, ei saa teda kaebeõigusest ilma jätta põhjusel, et RHS näeb ette ka ühispakkumuste esitamise võimaluse. See võimaldab pakkujalt eeldatavale tegevusvaldkonnale vastaval isikul muude puuduolevate näitajate osas tugineda teisele pakkujale. Just ühispakkumuse esitamise võimaluse tõttu ei saanud VAKO hinnangul välistada Inversion Software OÜ-l hankelepingu sõlmimise võimaluse olemasolu ja seega oli tegemist huvitatud isikuga RHS § 117 lg 1 mõttes. Asjaolu, et vaidlustus oli esitatud täpselt kolm tööpäeva enne pakkumuse esitamise tähtaja saabumist, ei mõjutanud siin kaebeõigust, sest vaidlustus oli RHS § 121 lg 1 mõistes tähtaegne ning pakkujale esitatud nõudeid arvestades oli isiku huvi hankelepingu sõlmimise vastu ka usutavalt realiseeruv.

Järeldub, et vaidlustajal, kes ei vasta täielikult pakkujatele esitatud tingimustele, aga on tegev hankemenetluse esemeks olevas valdkonnas, võib RHS § 40 lõikest 3 tulenevalt olla kaebeõigus, sest tal on võimalik ühispakkumuse esitamise raames tugineda teiste ettevõtete näitajatele. Samas isikul, kes ise ei vasta ühelegi pakkujale esitatud tingimusele, puudub kaebeõigus hankedokumentide vaidlustamiseks ka siis, kui ta tugineb ühispakkumuse esitamise võimalusele. Vahetegu taandub siin üksnes vaidlustust menetleva organi subjektiivsele hinnangule selle kohta, kas asjaoludest tulenevalt on isiku võimalus saavutada hankelepingu

⁸⁴ VAKO 10.09.2014 otsus vaidlustuses 211-14/153905.

sõlmimine usutavalt realiseeritav või mitte. VAKO on oma 04.04.2014 otsuses selgitanud, et tema hinnangul ei sea RHS §117 lg 1 vaidlustuse esitamise eelduseks *hankemenetluses osalemisest huvitatud isiku võimalikku vastavust hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele või tema eeldatavat suutlikkust esitada pakkumuste esitamise tähtpäeval hanketeate ja hankedokumentide tingimustele vastavat pakkumust*, kuid isiku poolt, kes ei oma mingisugust varasemat kogemust ega võimekust sõlmitava hankelepingu valdkonnas, ei piisa hankedokumentide vaidlustamisel üksnes väitest, ta soovib esitada ühispakumust.⁸⁵ VAKO on oma seisukohaga praktiliselt täiendanud RHS § 117 lõiget 1 sellega, et huvitatud isiku kinnitus ühispakumuse esitamise soovi kohta peab olema veenev ning hankedokumente saab vaidlustada see ühispakkuja, kes ise vastab pakkuja esitatud kriteeriumidele. Tallinna Halduskohtu 31.03.2014 määrusest asjas 3-14-50374 järeldeb, et kinnitus ei pruugi olla veenev siis, kui vaidlustus esitatakse väga lühikest aega enne pakkumuste esitamise tähtaega. Erinevalt pakkuja esitatud kriteeriumidele vastavuse hindamisest ei ole vaidlustuse esitamise ja pakkumuste esitamise tähtaja vahele jääva ajavahemiku pikkuse hindamiseks objektiivset kriteeriumit, mis võimaldaks ajavahemikku hinnata piisavaks või liiga lühikeseks, et pidada hankelepingu sõlmimise võimalust usutavalt realiseeritavaks. Kui isik ei vasta pakkuja esitatud kriteeriumidele, ei ole tal kaebeõigust olenemata sellest, kui pikka aega enne pakkumuste esitamise tähtaega on vaidlustus esitatud. Kui aga isik vastab pakkujatele esitatud kriteeriumidele, kuid esitab hankedokumentide vaidlustuse vahetult enne kaebetähtaja saabumist, puudub õiguslik alus tema kaebeõigusest ilma jätmiseks, sest tema huvi hankelepingu sõlmimise vastu ei saa teoreetiliselt välistada. See tähendaks praktikat, mille kohaselt seadusega kehtestatud tähtaja raames esitatud vaidlustus võidakse lugeda mittetähtaegselt esitatuks. See aga oleks vastuolus esiteks Euroopa Kohtu praktikast tuleneva nõudega sisustada hankelepingu sõlmimise huvi mõistet viisil, mis võimaldab isikute õigusi efektiivselt kaitsta ja vastaks direktiivi 2007/66/EÜ eesmärkidele. Teiseks tekitaks seadusest tuleneva kaebetähtaja raames vaidlustuse esitamise õigeaegsuse hindamine olukorra, kus isikul puudub teadmine, kas tema tähtaegselt esitatud vaidlustust peetakse õigeaegselt esitatuks või mitte ning sellist olukorda on Euroopa Kohus asjas C-406/08 *Uniplex* hinnanud lubamatuks ja tõhusa õiguskaitse eesmärkidega vastuolus olevaks.

Tallinna Transpordiameti sõitjateveo hanke vaidlustused on hea näide ka selle kohta, et kohus peab hankevaidluse lahendamisel igal juhul hindama konkreetse juhtumi asjaolude koostõju ning juhinduma nendest otsuste tegemisel. Nagu põhjendatud huvi puhul juba rõhutatud, võib

⁸⁵ VAKO 04.04.2014 otsus vaidlustuses nr 64-14/142434, p 12.

ka kaebeõiguse teostamiseks õigustatud isiku väljaselgitamise kohta öelda, et õiguslike printsiipide kõrval on suurem roll just faktiliste asjaolude hindamisel, mille kaudu on võimalik tuvastada õigustatud isiku seisund. Eespool juba viidatud Euroopa Kohtu *CoNISMa* lahendi kohaselt võiks pakkujaks olla ükskõik milline isik, kui ta suudab täita hankelepingu tingimusi, seega on RHS § 12 lg 3 puhul võimalik tõepoolest väita, et seadus ei esita pakkujale nõuet olla tegev riigihanke esemeks olevas valdkonnas. Kui isik suudab ära tõendada oma suutlikkuse täita riigihankelepingu tingimusi vaatamata kohase tegevusala puudumisele, siis ei ole tema pakkujaks kvalifitseerumine RHS järgi välistatud. Praktikaga aga sõltub isiku määratlemine õigustatud isikuna just hinnangust konkreetsetele asjaoludele ja sisuliselt kehtib praktikas kaebeõiguse hindamisel RHS § 12 lg 3 puhul nõue, et vaidlustaja peab vastama pakkujale esitatud kriteeriumidele määral, mis muudab usutavaks tema huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Vastav huvi loetakse usutavalt realiseeruvaks eelkõige siis, kui vaidlustaja tegevusvaldkond vastab hanke esemeks olevale valdkonnale.

2.3. Hankelepingu sõlmimise võimalus põhjendatud huvi eeldusena

Hankelepingu sõlmimise võimalust ei ole direktiivis 2007/66/EÜ eraldi määratletud, mistõttu tuleb mõiste sisustamiseks pöörduda eelkõige riigihankeõiguse kohtupraktika poole. Direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 (3) kohaselt tuleb läbivaatamiskord kättesaadavaks teha igale isikule, kellel on huvi hankelepingu sõlmimise vastu ning Euroopa Kohtu seisukoht on, et huvi hankelepingu sõlmimise vastu ei tohi tõlgendada viisil, mis vähendaks direktiivi 2007/66/EÜ tõhusust.⁸⁶ Seega tuleb ka hankelepingu sõlmimise võimalust sisustada võimalikult laialt, et tagada vaidlustaja õiguste efektiivne kaitse. Kuna põhjendatud huvi olemasolu ei too automaatselt kaasa vaidlustuse rahuldamist, on hankelepingu sõlmimise võimaluse mõiste lai sisustamine õigustatud, sest see toob kaasa esitatud vaidlustuse sisulise läbivaatamise, kontrollimaks, kas isiku õigusi hankemenetluses on rikutud või mitte. Teisisõnu, see loob olukorra, kus isikul on võimalus oma õigusi efektiivselt kaitsta.

Hankelepingu sõlmimise võimaluse hindamine saab põhineda ainult kaasuse asjaoludel ning see tähendab, et ei ole olemas ammendavaid kriteeriume, mille alusel sellise võimaluse olemasolu hinnata. Nii peavad vaidlustust lahendavad organid omistama siin õiguse kõrval

⁸⁶ Euroopa Kohtu 19.06.2003 otsus asjas C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH ja teised versus Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*. EKL,2003, I-06413.

suurema kaalu just kaasuse faktidele, sest ainult faktide hindamise kaudu on võimalik tuvastada, kas ja kuidas on isikul võimalus vaidlustuse abil hankelepingu sõlmimiseni jõuda. VAKO lähtub oma otsustes kaebeõiguse hindamisel haldusõiguslikest põhimõtetest. Nende hulka kuulub ka kaebuse rahuldamise üks eeldus, mill kohaselt peab esitatud kaebuse rahuldamine aitama isikut tema õiguste edasisel kaitsel. Üheselt ei ole selge, kas hankelepingu sõlmimise võimalus peab vaidlustuse rahuldamise korral järgnema vahetult või tuleb hankelepingu sõlmimise võimaluse olemasoluna käsitleda ka olukorda, kus vaidlustuse rahuldamine toob hankijale kaasa kohustuse toiminguteks, mis loovad vaidlustajale võimaluse hankelepingu sõlmimiseni jõudmiseks. Näiteks on vaidlustajal võimalus hankelepingu sõlmimiseks, kui vaidlustuse rahuldamise korral tekiks hankijal kohustus muuta hankemenetluses tehtud otsuseid, mille tulemusena muutub vaidlustaja uuesti hankemenetluses osalevaks pakkujaks. Samuti tekib hankelepingu sõlmimise võimalus eelduslikult ka siis, kui hankija peab vaidlustuse rahuldamise tulemusena hankemenetluse mõnel RHS § 29 lõikest 3 tuleneval alusel lõpetama ning sama asja või teenuse ostmiseks peaks hankija kuulutama välja uue hanke, milles oleks võimalik osaleda ka vaidlustajal.

Hankelepingu sõlmimise võimaluse kitsama sisustamise korral peaks olema välistatud ka hankemenetluses osalemisest huvitatud isiku kaebeõigus, sest näiteks hankedokumentides sisalduvate diskrimineerivate tingimuste edukas vaidlustamine ei taga isikule automaatselt hankelepingu sõlmimist, küll aga loob võimaluse hankemenetluses osalemise kaudu selleni jõudmiseks. Ka haldusõiguses mõistetakse õiguste edasisele kaitsele kaasa aitamise all muuhulgas seda, kui kaebuse rahuldamine loob isikule võimaluse oma õiguste kaitseks järgmise sammu astumiseks. Seega tuleb hankelepingu sõlmimise võimalusena käsitleda vähemalt igat sellist olukorda, kus vaidlustuse rahuldamine looks isikule võimaluse hankemenetluses osalemiseks. Lisaks sellele tuleks hankelepingu sõlmimise võimalusena näha ka olukorda, kus vaidlustuse rahuldamine võib kaasa tuua hankemenetluse lõppemise ilma hankelepingu sõlmimiseta. Sel juhul loob uue hanke väljakuulutamise võimalus piisava põhjendatud huvi hankemenetluses vaidlustuse esitamiseks. Seda lähenemist kinnitavad ka Euroopa Kohtu seisukohad asjas C-100/12 *Fastweb*, millel peatutakse lähemalt edasises töös, kuid mille kohta tehtud otsuses märgitust saab järeldada, et ka uue hanke väljakuulutamiseni viia võiv vaidlustus tuleb sisuliselt läbi vaadata.⁸⁷

⁸⁷ Euroopa Kohtu 04.07.2013 otsus asjas C-100/12 *Fastweb SpA versus Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, p 33. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

Hankelepingu sõlmimise võimaluse saavutamise viisid sõltuvad isiku seisundist hankemenetluse kontekstis. Hankemenetluses osalemisest huvitatud isiku võimalus hankelepingu sõlmimiseks saab tekkida hankedokumentide vaidlustamise kaudu. Euroopa Kohus on asjas C-230/02 *Grossmann Air Service* rõhutanud, et isikul, kes pole hankemenetluses pakkumust esitanud, puudub õigus vaidlustada hankemenetluses tehtud hankija otsuseid, sest tal puudub võimalus hankelepingu sõlmimiseks ja seega põhjendatud huvi otsuse vaidlustamiseks. Nimetatud kaasuses vaidlustas lennutranspordi ettevõtte Grossmann Air Service (Grossmann) hankija otsust pakkumuse edukaks tunnistamise kohta. Seejuures ei esitanud Grossmann hankemenetluses pakkumust, viidates hankedokumentides sisaldunud diskrimineerivatele tingimustele, mis välistasid tema jaoks võimaluse pakkumust esitada. Samuti ei esitanud Grossmann selleks ettenähtud ajal vaidlustust väidetavalt diskrimineerivaid tingimusi sisaldavate hankedokumentide peale. Euroopa Kohus leidis, et hankedokumentide vaidlustamata jätmise tõttu ei saa isikul olla põhjendatud huvi edasiste hankemenetluses tehtud otsuste vaidlustamiseks.⁸⁸

Eesti riigihankeõiguses toimub hankedokumentide vaidlustamine RHS § 117 lõike 1 ja lõike 2 punktide 1-6 alusel ning hanke alusdokumentide vaidlustamine on hankemenetluses osalemisest huvitatud isikute esmane viis hankelepingu sõlmimise võimaluse saavutamiseks. Peatükis 2.2. tehtud järelduste põhjal kohaldub hankedokumentide vaidlustamisele nõue, et vaidlustuse esitaja oleks vähemalt tegevusvaldkonna poolest vastav hankemenetluses pakkujale esitatud tingimustele. Nõude eesmärk on luua kaebeõiguse hindajale veendumus, et isiku huvi hankelepingu sõlmimise vastu on tõsiseltvõetav, kuid õiguspärase hankelepingu sõlmimise võimaluse tekkimine on takistatud, sest hankedokumendid ei ole riigihankeõigusega kooskõlas.⁸⁹ Hankelepingu sõlmimisest huvitatud isiku kaebeõigus on sellise tingimuse seadmisega tagatud ning seega tuleb sellist praktikat hinnata direktiivi 2007/66/EÜ artikliga 1 (3) kooskõlas olevaks.

Hankemenetluses osaleval isikul ehk pakkujal või taotlejal on RHS § 117 lõike 1 alusel õigus vaidlustada hankija tegevust ja kõiki otsuseid, mis rikuvad tema õigusi või kahjustavad tema huvisid. Iga pakkuja kõige tavapärasem võimalus hankemenetluses vaidlustuse esitamiseks on teda ennast puudutava otsuse vaidlustamine, milleks tavaliselt on kas hankemenetlusest

⁸⁸ Euroopa Kohtu 12.02.2004 otsus C-230/02 *Grossmann Air Service Bedarfsluftfahrunternehmen GmbH & Co KG v Austria*. EKL 2004, lk I-1829. Vaata ka Dischendorfer, M. artiklit „Case Comment: Challenging discriminatory technical specifications under the Remedies Directives: the Grossmann case“. P.P.L.R., 2004, nr 4, lk 98-102.

⁸⁹ VAKO 30.05.2011 otsus nr 103-11/123879.

kõrvaldamise, pakkumuse kvalifitseerimata jätmise või pakkumuse tagasilükkamise otsus. Kõikide teiste otsuste vaidlustamise õigus sõltub sel juhul sellest, kas pakkuja enda kohta käiva otsuse vaidlustus rahuldatakse või mitte ja sellega kaasnevat problemaatikat järgnevalt käsitletaksegi.

Tallinna Halduskohtus ütleb oma 07.06.2013 otsuses asjas 3-13-966, et pakkuja, kelle pakkumust ei kvalifitseeritud ja vastav otsus on VAKO poolt ka õiguspäraseks tunnistatud, ei saa vaidlustada konkurendi kohta tehtud otsust, sest temal endal puudub sellises olukorras võimalus hankelepingu sõlmimiseks ja vaidlustusmenetlust viidaks sel juhul läbi üksnes konkurendi hankemenetlusest väljatõrjumiseks eesmärgiga nõuda uue hankemenetluse läbiviimist.⁹⁰ Tallinna Halduskohtu 22.08.2012 otsuses asjas 3-12-1149 selgitas kohus, et vaidlustuse esitamisel ei saa pidada lubatavaks õiguseks või huviks teise äriühingu väljatõrjumist hankemenetlusest, kui vaidlustav äriühing ise sellest mingit konkreetset kasu ei saa.⁹¹ Samades lahendites on kohus sisuliselt öelnud, et kaebeõiguse olemasolu saab ja tuleb kontrollida kõigis vaidlustusmenetluse etappides. See tähendab, et kui vaidlustusmenetluse kestel teeb hankija või VAKO või kohus õiguspäraseid otsuseid, mille tulemusena kaob vaidlustajal käimasoleva vaidlustusmenetlusega võimalus saavutada hankelepingu sõlmimine, tuleb jätta vaidlustus põhjendatud huvi puudumise tõttu rahuldamata.

Vaidlustusmenetluses on need seisukohad eriti asjassepuutuvaks muutunud vaidlustustes, kus hankemenetluses osalev pakkuja on pärast enda pakkumuse tagasilükkamise otsust vaidlustanud konkureeriva pakkuja pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsust. Eelpool viidatud halduskohtulahendite põhjal tuleks asuda seisukohale, et kui hankija on vaidlustaja pakkumuse õiguspäraselt tagasi lükanud, puuduks vaidlustajal konkurendi kohta tehtud otsuste vaidlustamiseks kaebeõigus. Selline järeldus muutub aga kaheldavaks, kui tekib võimalus, et ka edukaks osutunud pakkuja pakkumus ei pruugi samuti olla vastav ning hankija on selle vastavaks tunnistamisel rikkunud riigihankeõigust. Sellisel juhul ei pruugi tagasi lükatud pakkumuse esitanud pakkuja olla minetanud hankelepingu sõlmimise võimalust.

Sellega seonduvalt on kohane taas viidata Euroopa Kohtu praktikale asjas C-100/12 *Fastweb*, kus kohus on öelnud, et olukorras, kus vaidlustusmenetluses on nii vaidlustaja kui edukaks tunnistatud pakkuja pakkumuse vastavus kahtluse alla seatud, ei saa jätta vaidlustaja vaidlustust läbi vaatamata kaebeõiguse puudumise tõttu, ilma et kontrollitaks mõlema pakkuja pakkumuse

⁹⁰ TlnHK 07.06.2013 otsus haldusasjas 3-13-966, p 11 ja 12.

⁹¹ TlnHK 22.08.2012 otsus haldusasjas 3-12-1149, p 18.

vastavust. Asjas C-100/12 oli eelotsuse menetluses Itaalia kohtuasi, mille lahendamisel oli Itaalia madalama astme kohus asunud seisukohale, et pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamiseks on õigus ainult isikutel, kes on hankemenetluses osalenud õiguspäraselt. Nimetatud kohus leidis, et kui peaks tuvastatama, et selle otsuse peale kaebuse esitanud osapoolle lubamine osaleda hankemenetluses oli õigusvastane, on sellel tagasiulatuv mõju, ning kui välistatakse lõplikult selle osapoolle osalemine hankemenetluses, ei saa ta olla seisundis, kus ta saaks hankemenetluse tulemusi vaidlustada. Sellest tulenevalt peab kohtu hinnangul vastukaebuse, mille eesmärk on vaidlustada kaebuse esitaja õigus kaebust esitada, vaatama alati läbi esmajärjekorras. Seda ka siis, kui pakkujaid on ainult kaks ehk pakkuja, kelle pakkumust ei tunnistatud edukaks (kaebuse esitaja) ja edukas pakkuja (vastukaebuse esitaja).⁹² Lisaks põhjendas Itaalia kohus vastavat seisukohta väitega, et praktiline huvi selle hankemenetluse uuesti korraldamise vastu, millele pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse peale kaebuse esitanud osapool viitab, ei anna talle õiguslikku seisundit, millest tulenevalt on tal õigus kaebust esitada. Nimelt ei erine selline ootus kohtu arvates kõnealuse sektori muude ettevõtjate ootustest, kes soovivad uues hankemenetluses osaleda. Euroopa Kohus ütles, et olukorras, kus mõlema pakkuja pakkumuse vastavus on seatud sama menetluse raames kahtluse alla, ei saa kaebuse ja vastukaebuse esitamise korral otsustada jätta üks neist läbi vaatamata jätta, sest kumbki pakkuja võib sellises olukorras tugineda võrdväärsele õigustatud huvile teise poole pakkumuse tagasilükkamise suhtes ja see võib viia järelduseni, et hankijal on võimatu jätkata nõuetekohase pakkumuse väljavalmist.

Üldiselt on ka VAKO praktikas täheldatav Itaalia kohtu arvamusele mõneti sarnanev seisukoht, et isik, kes jäetakse hankemenetluses kvalifitseerimata või kelle pakkumus lükatakse tagasi, ei saa enam mingil tingimusel omada kaebeõigust hankija edasiste otsuste suhtes, sest sellisel isikul puudub võimalus jõuda samas hankemenetluses hankelepingu sõlmimiseni. Direktiivi 2007/66/EÜ ja Euroopa Kohtu senise praktika valguses sellise seisukohaga üheselt nõustuda ei saa.

Riigihangete seaduse § 39 lg 7 kohaselt ei osale kvalifitseerimata jäetud pakkuja edasises hankemenetluses, sama seaduse § 47 lg 9 järgi ei osale tagasi lükatud pakkumuse esitaja edasises hankemenetluses. Nende otsuste vaidlustamine VAKO-s ei peata automaatselt hankemenetlust, kuid hankemenetluse peatamise õigus on VAKO-l vaidlustaja põhjendatud

⁹² Euroopa Kohtu 04.07.2013 otsus asjas C-100/12 *Fastweb SpA versus Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, p 15 ja 16. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.

taotluse alusel ning ka hankijal endal, kes võib menetluse peatada omal algatusel⁹³. Kui hankemenetlust vaidlustuse lahendamise ajaks ei peatata, on hankija tegevus enne VAKO lahendi tegemist piiratud hankilepingu sõlmimise keeluga, sest enne vaidlustuse läbivaatamise lõppemist sõlmitud hankileping on RHS § 123 lõike 4 kohaselt tühine.⁹⁴ Seega hankija otsused, sh otsused, millega pakkujad arvatakse hankemenetlusest välja, on kehtivad kuni nende vaidlustamise tulemusena tehtud VAKO otsuseni. VAKO otsus omakorda jõustub RHS § 127 lg 4¹ kohaselt pärast kohtusse pöördumise tähtaja möödumist, kui kumbki pool ega kolmas isik pole esitanud kaebust halduskohtusse.

RHS § 127 lõike 5 järgi on vaidlustuse rahuldamise kohta tehtud VAKO otsus hankijale täitmiseks kohustuslik. Siin on aga oluline meeles pidada, et täitmiseks kohustuslik saab olla üksnes RHS § 127 lg 4¹ alusel jõustunud VAKO lahend. Seega kui VAKO lahend kaevatakse edasi halduskohtusse, tekib olukord, kus sisuliselt on pakkuja kohta tehtud kvalifitseerimata jätmise või pakkumuse tagasilükkamise otsus kehtiv, sest puudub jõustunud VAKO lahend selle vaidlustamise kohta, kuid hankemenetluse jätkamine ja hankilepingu sõlmimiseni jõudmine ei ole võimalik enne kui jõustub edasikaevatud otsuse kohta tehtud kohtulahend. Seega saab riigihangete seaduses sätestatu põhjal kindlalt öelda, et jõustunud VAKO lahend on hankijale täitmiseks kohustuslik, edasikaevatud VAKO lahendi täitmise koha pealt kehtiva RHS põhjal aga selgus puudub. Võrdluseks, haldusõiguses kehtib haldusakt haldusmenetluse seaduse § 61 lõike 1 kohaselt teiste kehtivuse lõppemise aluste hulgas kuni haldusakti kehtetuks tunnistamiseni. Haldusakti võib kehtetuks tunnistada kas haldusorgan ise või halduskohus. Kohtu otsus haldusakti kehtetuks tunnistamise kohta ei jõustu enne, kui möödub selle vaidlustamiseks ettenähtud tähtaeg ning HKMS § 176 lõike 2 kohaselt välistab kohtuotsuse tähtaegne vaidlustamine otsuse jõustumise kuni edasikaebuse kohta tehtud kohtulahendi jõustumiseni. Järeldub, et halduskohtusse edasikaevatud VAKO lahend jõustub ja selle täitmine muutub hankijale kohustuslikuks seega alles pärast vaidlustuse kohta tehtud kohtulahendi jõustumist ja enne vastava lahendi jõustumist ei ole võimalik hankemenetlust nõuetekohaselt lõpuni viia ja sel ajal sõlmitud hankileping peaks RHS § 123 lõike 4 kohaselt olema tühine. Erisused tekivad hankilepingu sõlmimise osas üksnes siis, kui vaidlustatakse pakkumuse edukaks tunnistamise otsust ning VAKO on RHS § 123 lg 3² alusel andnud loa hankilepingu sõlmimiseks.

⁹³ Riigihangete juhis. Rahandusministeerium. Tallinn, 2014. Lk 175. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihangete-korraldamine> Otsing 03.04.2015.

⁹⁴ *Ibid*, lk 176.

Niisiis saab RHS põhjal öelda, et hankemenetlusest välja arvatud pakkuja kaebeõigus peaks hankija vastavate otsuste vaidlustamise korral säilima vähemalt kuni VAKO vastavasisulise otsuse jõustumiseni ning VAKO lahendi edasikaebamisel kuni edasikaebamise kohta tehtava kohtulahendi jõustumiseni, sest kuni selle ajani säilib võimalus, et isiku õiguslik seisund pakkujana ei muutu. Seetõttu ei ole õige tõlgendada RHS § 39 lõiget 7 ja § 47 lõiget 9 selliselt, et kohe pärast kvalifitseerimata jätmise või pakkumuse tagasilükkamise otsuse tegemist ei ole isik hankemenetluses pakkujana osalev. Isiku seisund pakkujana säilib kuni otsuse vaidlustamiseks ettenähtud tähtaja möödumiseni ning otsuse vaidlustamise korral vastavalt kuni VAKO või kohtu lahendi jõustumiseni. Nende järelduste valguses peatutakse järgnevalt Eesti vaidlustuspraktikas esinenud kaasusel, mis tõstatas riigihankeõiguses kaebeõiguse, sh hankelepingu sõlmimise võimaluse küsimuse küllaltki keerulisel moel.

Tallinna Linnatranspordi AS kuulutas 07.06.2012 välja riigihanke uute trammide ostmiseks Tallinna trammiliinile nr 4. Hankija lükkas oma 30.10.2012 otsusega hankemenetluses osalenud pakkuja Stadler Bussnang AG (edaspidi Stadler) pakkumuse tagasi ja tunnistas vastavaks ja edukaks teise pakkuja Construcciones y Auxiliars de Ferrocarrile, S.A. (edaspidi CAF) pakkumuse. Siit alates oli hankemenetluse ja vaidlustuste käigus tehtud otsuste kronoloogia järgnev:

- 1) Stadler vaidlustas CAF vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuse ning enda pakkumuse tagasilükkamise otsuse. VAKO rahuldab vaidlustuse CAF osas ning tunnistas CAF-i kohta tehtud otsuse kehtetuks, mida CAF ei vaidlustanud ning hankija oli seotud VAKO otsusega, et CAF pakkumus on mittevastav.⁹⁵ Stadleri osas VAKO vaidlustust ei rahuldanud ja Stadler kaebas otsuse edasi halduskohtusse;
- 2) vaatamata CAF-i pakkumuse kohta tehtud VAKO otsusele tunnistas hankija sama pakkumuse 14.01.2013 uuesti vastavaks ja edukaks ning ei teavitanud oma otsusest Stadlerit, kes oli hankija 30.10.2012 otsuse enda pakkumuse tagasilükkamise kohta vaidlustanud. 21.02.2013 sõlmis Hankija CAF-iga hankelepingu;
- 3) Stadler sai hankija ja CAF vahel hankelepingu sõlmimisest teada 06.03.2013 ja esitas 12.03.2013 VAKO-le vaidlustuse, milles taotles VAKO-lt CAF pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuste väljanõudmist hankijalt ning nende otsuste kehtetuks tunnistamist, samuti taotles Stadler nende otsuste alusel sõlmitud hankelepingu tühisuse tuvastamist.

⁹⁵ VAKO 10.12.2012 otsus nr 225-12/134921.

- 4) VAKO jättis vaidlustuse rahuldamata⁹⁶, viidates, et vaidlustuse esitamise hetkel ei rikkunud vaidlustatud hankija otsused enam Stadleri õigusi ega kahjustanud tema huve, sest 06.03.2013 jõustusid VAKO ja kohtute otsused selle kohta, et hankija otsus Stadleri pakkumuse tagasilükkamise kohta oli õiguspärane ja sellega lõppes tema võimalus hankelepingu sõlmimise saavutamiseks ja seega ka kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamiseks. Sisuliselt samadele seisukohtadele jäid Stadleri edasikaebuste menetlemisel halduskohus, ringkonnakohus⁹⁷ ja Riigikohus, kes jättis 07.10.2013 määrusega asjas 3-3-1-44-13 Stadleri määruskaebuse rahuldamata.

Vaidlustusmenetluses on kaebeõiguse teostamise põhilisteks eeldusteks põhjendatud huvi olemasolu ning vaidlustuse õigeaegne esitamine. Seejuures peetakse praktikas ainsaks vaidlustusmenetluses kaitstavaks huviks õiguspärast hankelepingu sõlmimise võimalust, mistõttu vaidlustaja põhjendatud huvi saab kõne alla tulla üksnes siis, kui tal on võimalik saavutada hankemenetluses hankelepingu sõlmimine. Käesolevas alapeatükis jõuti järeldusele, et hankemenetlusest väljaarvamise otsuse vaidlustamise korral peaks vaidlustajale säilima kaebeõigus hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks kuni VAKO otsuse jõustumiseni või edasikaebuse korral vaidluse kohta tehtud kohtulahendi jõustumiseni. Seda silmas pidades tuleb asuda seisukohale, et hankijal oli RHS § 54 lg 1 ja RHS § 127 lg 4¹ koosmõjust tulenevalt kohustus teavitada Stadlerit nii 14.01.2013 tehtud CAF pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsusest kui ka 21.02.2013 hankelepingu sõlmimisest. Kui Stadler oleks pärast 14.01.2013 otsustest teadasaamist esitanud vaidlustuse, ei oleks kaebeõiguse küsimust tõusetunud, sest Stadleri pakkumuse tagasilükkamise üle oli alles käimas vaidlus ning ka konkureeriva pakkuja CAF pakkumus oli VAKO otsuse kohaselt mittevastav, mistõttu ei oleks VAKO-l olnud alust välistada Stadleril hankelepingu sõlmimise võimaluse olemasolu. Küll aga tulnuks VAKO-l Stadleri vaidlustuse alusel hinnata hankija 14.01.2013 tehtud CAF pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuste õiguspärasust, mis oleks määranud ka hankemenetluse edasise käigu. Selline kohustus tulnuks VAKO-le otseselt Euroopa Kohtu lahendist C-100/12 *Fastweb*, mille kohaselt tuleb kirjeldatud olukorras hinnata mõlema pakkumuse vastavust.

Kuivõrd antud juhul hankija ei teavitanud Stadlerit oma 14.01.2013 CAF-i kohta tehtud otsustest ning 21.02.2013 CAF-ga hankelepingu sõlmimisest, sai Stadler hankija otsustest teada alles 06.03.2013, mil ilmus pressiteade selle kohta, et Riigikohus ei võtnud menetlusse Stadleri

⁹⁶ VAKO 21.03.2013 otsus 51-13/134921.

⁹⁷ TlnRnK 19.06.2013 määrus asjas 3-13-699.

kassatsioonkaebust oma pakkumuse tagasilükkamise vaidlustamiseks. Riigikohtu vastava otsuse tõttu jõustus samal päeval ka VAKO 10.12.2012 otsus Stadleri pakkumuse tagasilükkamise kohta. Sellega tekkis olukord, kus hankija võimalike rikkumiste toimepanemise ajal oli Stadleril kaebeõigus, kuid ta ei olnud enda õigusi puudutavatest võimalikest rikkumistest teadlik. Ajaks, mil Stadler oma õigusi rikkuvatest hankija otsustest teadlikuks sai, oli tema seisund hankemenetluses osaleva pakkujana lõppenud ja VAKO hinnangul oli sellega minetatud ka põhjendatud huvi hankija varasemate otsuste vaidlustamiseks. Kui otsus Stadleri pakkumuse mittevastavuse kohta leidis vaidlustuse tulemusena kinnitust, ei olnud Stadleril sama hankemenetluse raames enam võimalik hankelepingu sõlmimiseni jõuda ja kaebeõigus langes sellega ära. Teisalt tuleb möönda, et teoreetiline võimalus selleks oleks olnud siis, kui hankija 14.01.2013 otsused oleks osutunud õigusvastaseks ja seega kehtetuks tunnistatud. Kuna sellisel juhul oleks mõlemad hankemenetluses tehtud pakkumused olnud mittevastavad, oluks hankijal RHS § 65 lõike 4 alusel õigus jätkata hankemenetlust väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlusena ja Stadleri võimalust seeläbi hankelepingu sõlmimiseni jõuda ei oleks saanud täielikult välistada⁹⁸. Teine võimalus hankelepingu sõlmimiseks oleks tekkinud siis, kui hankija oleks olnud sunnitud hankemenetluse RHS § 29 lg 3 p 2 alusel kehtetuks tunnistama ja korraldanud eelduslikult uue hanke.⁹⁹ Stadleri poolt 12.03.2013 esitatud vaidlustuse esitamisega ei olnud aga võimalik tagada kummagi tegevuskäigu realiseerumise saavutamist, sest 1) väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse jätkamine on hankija kaalutusotsus ja 2) VAKO-l puudub seaduslik alus kohustada hankijat uue hanke korraldamiseks. Kui hinnata neid võimalusi veenvuse aspektist, siis liigitub kumbki ilmselt taoliseks põhjendatud huviks, mille realiseerumise võimalus pole vaidlustust läbivaatavale organile usutav. Teisisõnu, seos põhjendatud huvi ja hankelepingu sõlmimise võimaluse realiseerumise vahel jääb liialt nõrgaks, et kaaluda üles hankemenetluse eesmärgiga seotud huvid. Kuid näiteks Euroopa Kohtu otsustes C-410/01 *Fritsch*, C-496/99 *Succhi di Frutta* ja C-100/12 *Fastweb* väljendatud seisukohtade valguses oleks mõlemad hankelepingu sõlmimise võimalused olnud piisav põhjendatud huvi kaebeõiguse omistamiseks.

⁹⁸ RHS § 65 lg 4 järgi on hankija väljakuulutamisega läbirääkimistele ülemineku korral kohustatud pidama läbirääkimisi kõigi kvalifitseeritud pakkujatega, kes esitasid vormilistele nõuetele vastava pakkumuse. VAKO 10.12.2012 otsuses nr 225-12/134921 sisalduva hinnangu kohaselt ei vastanud CAF pakkumus hanketingimustele rohkem kui ühes tingimuses, sh vormiliste nõuete osas. Näiteks ületas CAF trammide täismass hanketingimustes esitatud täismassi nõuet, pakkumuses puudusid andmed, mis võimaldaks pakkumuse vastavust kontrollida ning pakkumuses ei järgitud nõutud numeratsiooni, mis muutis pakkumuse hanketingimustele vastavuse kontrollimise ka keeruliseks.

⁹⁹ Kuigi selle võimaluse välistas hankija väitega, et trammide hankeks ettenähtud raha kasutamise tähtaeg möödus märtsis 2013 ja seetõttu ei olnud neil aega korraldada uut hanget, ei esitanud hankija kohtumenetluse käigus mingeid tõendeid oma väite kinnitamiseks.

Arvestades vaidlustuspraktikas juurdunud hankelepingu sõlmimise võimaluse usutava realiseerumise kriteeriumit, on VAKO hinnang Stadleri kaebeõiguse puudumise kohta kooskõlas VAKO enda praktikaga. Et Stadler oli vaidlustuse esitamise hetkeks hankemenetlusest õiguspäraselt välja arvatud, tuleb ilmselt ka kohtu kõikides astmetes tehtud otsused jätta vaidlustus kaebeõiguse puudumise tõttu läbivaatamata lugeda vähemalt grammatilise tõlgenduse kohaselt vastavaks riigihangete seadusega. Küll aga ei saa sellist praktikat lugeda EL riigihankeõigusega kooskõlas olevaks. Kaebeõiguse küsimuse lahendamisel jäeti tähelepanuta vaidlustaja väited edukaks tunnistatud pakkuja pakkumuse mittevastavuse kohta, kuigi mittevastavuse kohta oli olemas jõustunud VAKO otsus. Samuti ei hinnatud ühelgi moel pakkuja kaebeõiguslikku seisundit hankemenetluses ning VAKO otsuse õiguslikku tähendust olukorras, kus otsus ei olnud selle edasikaebamise tõttu jõustunud. Arvestamata jäeti ka asjaolu, et kaebajat võis oma õiguste õigeaegsel kaitsmisel takistada hankija õigusvastane tegevus, samuti kaebaja selgitused oma võimaluste kohta hankelepingu sõlmimise saavutamiseks. Kaasuse asjaolusid hinnates näib autorile, et RHS normide tõlgendamine oleks võimaldanud põhjendatud huvi olemasolu möönda ning seeläbi kaebus läbi vaadata. Need asjaolud viitavad otsuse tegemisel direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1(1) ja 1(3) rikkumisele ning vastuolule mitme juba viidatud Euroopa Kohtu seisukohaga, mis kohustavad hankelepingu sõlmimise võimalust sisustama võimalikult laialt ning rõhutavad kohustust tagada riigihankeõiguse rikkumiste tõhus läbivaatamine. Hankemenetlusega saavutatav eesmärk kaalus kohtu hinnangul antud juhul üles Stadleri kaebeõigusest ilmajätmise ja hankija võimalikud rikkumised, mis võisid hankelepingu sõlmimise muuta ebaseaduslikuks, kuigi põhjendusi sellise kaalutluse rakendamiseks otsustes ei esitatud.

Eeldusel, et ajavahemikul 10.12.2012 kuni 06.03.2013 pidanuks hankija Stadlerit oma hankemenetluses tehtud otsustest teavitama, takistas hankija õigusvastane käitumine Stadleril oma kaebeõiguse õigeaegset teostamist ja viis ebaseadusliku hankelepingu sõlmimiseni. Eesti vaidlustus- ja kohtupraktika vaimus taandati selles asjas vaidlustaja kaebeõiguse küsimus seisukohale, et hankemenetluses osalev pakkuja on hankija otsuste vaidlustamiseks õigustatud üksnes hetkeni, mil ta arvatakse hankemenetlusest välja kas kvalifitseerimata jätmise või pakkumuse tagasilükkamise teel. Pärast seda puudub isikul võimalus samas hankemenetluses hankelepingu sõlmimiseni jõuda, mistõttu puudub sellisel pakkujal põhjendatud huvi hankija otsuste vaidlustamiseks. Selline käsitus on kahtlemata kitsendav võrreldes EL riigihankeõigusest tulenevate põhimõtetega, mille kohaselt tuleb hankelepingu sõlmimise võimalust ehk põhjendatud huvi sisustada alati viisil, mis aitaks kaasa direktiivi 2007/66/EÜ

efektiivsele kohaldamisele ning hankemenetluses osalejate tõhusale õiguste kaitsmisele. Euroopa Kohtu hinnangud asjas C-100/12 viitavad autori arvates muuhulgas ka sellele, et hankemenetluses kvalifitseerimata jäetud või tagasi lükatud pakkuja kaebeõigust ei saa välistada, kui ta viitab oma vaidlustuses sellele, et konkurendi pakkumuse edukaks tunnistamine või hankelepingu sõlmimine on toimunud riigihankeõigust rikkudes. Seda põhjusel, et isegi kui isik on hankemenetlusest õiguspäraselt välja arvatud, võib hankija poolsete riigihankeõiguse rikkumiste vaidlustamise tulemusena ilmned, et hankemenetlust ei ole võimalik samadel tingimustel lõpuni viia ning menetlus tuleb lõpetada. Järeldub, et ainuüksi uue hanke algatamise võimalus võib sellises olukorras olla piisav põhjendatud huvi kaebeõiguse tekkimiseks ja sellele leiab kinnitust ka eespool viidatud EL kohtupraktikast.

Hankija poolt toime pandud riigihankeõiguste rikkumise korral hankemenetlusest välja arvatud pakkuja kaebeõiguse keelamine toob kaasa olukorra, kus riigihankeõigust rikkudes tehtud otsused ja sõlmitud hankelepingud jäävad jõusse, sest puudub kaebeõigusega isik, kes rikkumisi vaidlustada saaks. See võib kõne alla tulla näiteks vaid kahe pakkujaga hankemenetluses, kus üks pakkujatest kõrvaldatakse, kvalifitseeritakse või tagasi lükatakse. Teiseks ei ole hankemenetlusest välja arvatud konkurentidele kaebeõiguse keelamine kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohaga, mille järgi peab hankemenetluses osalenud isikule säilima hankemenetluse õiguspärasuse kontrollimise õigus hankija edasiste otsuste suhtes, olenemata sellest, kas tema pakkumine valiti hankemenetluses välja või mitte¹⁰⁰. Kohtu arvates peab selline võimalus laienema isegi hankelepingu täitmise ajale, sest hankija poolt hiljem tehtud otsused võivad otseselt mõjutada pakkumuse tegemist ja hankes osalejate võrdseid võimalusi. Lisaks näeb EL riigihankeõigus ette kõikide selliste otsuste vaidlustamise võimaluse, millega on rikutud EL riigihankeõigust.¹⁰¹ Viidatud EL riigihankeõigusest tulenevad seisukohad annavad alust hinnanguks, et VAKO ja kohtute senine praktika hankelepingu sõlmimise võimaluse kui põhjendatud huvi olemasolu eelduse sisustamisel ei ole kooskõlas direktiivist 2007/66/EÜ liikmesriigile tuleneva efektiivse õiguskaitse võimaldamise nõudega.

Kirjanduses on väljendanud seisukohta, et pakkuja, kelle pakkumus on hankemenetluses tagasi lükatud kui nõuetele mittevastav, kaotab ka õiguse vaidlustada hankelepingu sõlmimist, kuna pakkuja oli nagunii menetlusest välja arvatud ja hankelepingu sõlmimine ei saa sel juhul tema huve ja õigusi kahjustada.¹⁰² Sarnast seisukohta on väljendanud ka Sue Arrowsmith, kelle

¹⁰⁰ Euroopa Kohtu 29.04.2004 otsus asjas C-496/99P *Succhi di Frutta*, p 59. EKL 2004, lk I-03801.

¹⁰¹ Euroopa Kohtu 18.06.2002 otsus C-92/00 asjas *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH v Stadt Wien*, p 55. EKL 2002, lk I-05553.

¹⁰² Trepte, P. *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*. Oxford University Press, 2007. Lk 551.

arvates hankija edasised otsused ei saa pakkujat pärast õiguspäraselt hankemenetlusest välja arvamist mõjutada.¹⁰³ Kumbki autor ei ole seejuures arutlenud, kas hankija edasised otsused, kui need on õigusvastased, võivad siiski isikule ka pärast hankemenetluses osalemise lõppemist põhjendatult huvi pakkuda, kuid olemasoleva EL riigihankeõiguse ja kohtupraktika valguses ei saa sellist huvi kindlasti välistada.

Euroopa Kohtu praktikas on võetud seisukoht, et hankelepingu saamise huvi tuleb tõlgendada pigem laialt. Käesolevas töös on korduvalt viidatud Euroopa Kohtu asjale C-410/01 *Fritsch*, mille kohaselt on liikmesriikidel keelatud anda hankelepingu sõlmimise huvile tõlgendus, mis võib direktiivi efektiivsust piirata¹⁰⁴. See tähendab, et hankelepingu sõlmimise võimaluse sisustamisel tuleb hankelepingu sõlmimise saavutamise võimalust hinnata laiemalt kui vaid hankemenetluses osaleva pakkuja seisundi lõppemise põhjal. Erinevalt EL kohtupraktikast laseb Eesti senine vaidlustuspraktika arvata, et vaidlustaja õiguste kaitsele saab kaasa aidata üksnes vaidlustus, mille rahuldamine toob isikule kaasa otsese võimaluse hankelepingu sõlmimise saavutamiseks. Samas ei ole kahtlust, et ka hankelepingu tühistamise otsus võib vaidlustajat aidata jõuda hankelepingu sõlmimise saavutamiseni, kui sõlmitud hankelepingu tühistamise tagajärjel korraldatakse näiteks uus hankemenetlus, millel vaidlustaja osaleda saab. Konkreetselt Stadleri kaasuse valguses järeldub, et sellise hankelepingu sõlmimise võimaluse tekkimine ei ole piisav, et omistada vaidlustajale põhjendatud huvi hankelepingu tühistamise taotlemiseks põhjusel, et see on sõlmitud riigihankeõigust rikkudes. Euroopa Kohus on kohtuasjas C-410/01 sedastanud, et liikmesriikide õigusega detailsete vaidlustusmenetluse reeglite kehtestamiseks ei kaasne õigust sisustada mõistet „huvi hankelepingu sõlmimise vastu“ selliselt, et see piiraks õiguskaitsemeetmete direktiivi efektiivsust. Kindlasti ei tähenda see, et põhjendatud huvi olemasolu tuleb tunnustada ka ilmselgelt perspektiivitute kaebuste korral, kuid võrreldes näiteks Tallinna Transpordiameti sõitjateveo teenuse hankes vaidlustusi esitanud isikutega oli Stadleri võimalus hankelepingu sõlmimise saavutamiseks töö autori hinnangul tunduvalt usutavamalt realiseeruv. Seetõttu on põhimõtteliselt võimalik väita, et VAKO on põhjendatud huvi ainuüksi otseselt hankelepingu sõlmimise võimaluse saavutamisega sidudes tõlgendanud mõistet „huvi hankelepingu sõlmimise vastu“ kitsendavalt võrreldes direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 1 (3) sätestatud eesmärgiga võimaldada hankija otsuste läbivaatamine igale isikule, kellel on või on olnud huvi hankelepingu sõlmimise vastu ja kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võib kahju kannatada. Põhjendatud huvi piiritlemine ja selge

¹⁰³ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet and Maxwell, 2005, London. Lk1413.

¹⁰⁴ Euroopa Kohtu 19.06.2003otsus asjas C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH ja teised versus Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, p 34.

sisustamine vaidlustuspraktikas ei ole kindlasti vale, kuid arvestades Euroopa Kohtu praktikat ning direktiivis 2007/66/EÜ ettenähtud kaebeõiguse määratlust, ei tohiks siseriiklik kaebeõiguse sisustamine muuta isiku võimalusi oma huvide kaitsmisel paindumatuks.

2.4. Kaebeõigus kaebuse esitamise hetkel

Vaidlustusmenetlusse on haldusõigusest üle võetud põhimõte, et isiku kaebeõigust hinnatakse kaebuse esitamise seisuga. See tähendab, et isik saab vaidlustada üksnes sellist hankija otsust või tegevust, mille vaidlustamiseks tal on vaidlustuse esitamise hetkel seadusest tulenev õigus ehk põhjendatud huvi. Kui isik ei esita kaebust tähtaegselt, kuid omab rikkumise vaidlustamiseks siiski põhjendatud huvi, võimaldab EL riigihankeõigus ja kohtupraktika sellisele isikule kaebetähtaja pikendamist. Üldiselt saab sisuliselt ennistamine riigihankeõiguses kõne alla tulla vaid siis, kui kaebetähtaja järgimine pole olnud võimalik hankijast tingitud asjaolude tõttu. Direktiiv 2007/66/EÜ ei sätesta liikmesriikidele kohustust kehtestada siseriiklikus riigihankeõiguses kaebetähtaegade ennistamise võimalus. Ennistamise võimalust pole ka õiguskaitsemeetmete direktiivis endas ette nähtud, küll on ennistamisele sisuliselt viidanud Euroopa Kohus oma otsustes. Näiteks asjas C-406/08 *Uniplex* märkis kohus, et riigihankealaste eeskirjade rikkumise vaidlustamise tähtaeg hakkab kulgema päevast, mil kaebuse esitaja rikkumisest teada sai või pidi teada saama. Lisaks on asjas C-161/13 *Idrodinamica* rõhutatud, et kui kaebuse esitamine ei ole tähtaegselt võimalik olnud hankijast tulenevalt põhjusel, tuleb lugeda kaebetähtaeg uuesti alanuks hetkest, mil isik kaebuse esitamise aluseks olevatest asjaoludest teada sai.

Keerulisem on olukord siis, kui rikkumise olemasolust teadasaamise hetkeks on isik vaidlustust läbivaatava organi ja kohtu silmis minetanud ka põhjendatud huvi kaebuse esitamiseks. Eespool käsitletud Stadleri kaasuses tekkis olukord, kus rikkumise toimumise ajal oli Stadleril kaebeõigus, mida ta ei saanud teostada hankijast tingitud asjaolude tõttu, samas rikkumisest teadasaamise hetkeks oli jõustunud VAKO otsus Stadleri pakkumuse tagasilükkamise õiguspärasuse kohta ja kohus leidis, et õiguspäraselt välja arvatud pakkujal puudub huvi hankelepingu sõlmimise vastu ning seega kaebeõigus hankija rikkumiste vaidlustamiseks. Kui Stadleri huvi hankelepingu sõlmimise vastu oleks hinnatud kooskõlas EL riigihankeõigusega, oleks võinud tulla kõne alla ka vajadus hinnata isiku kaebeõigust mitte kaebuse esitamise hetke seisuga, vaid rikkumise toimumise seisuga. Tavapärasest reeglist kõrvalekaldumise

põhjenduseks saaks siin olla üksnes direktiivist 2007/66/EÜ tulenev eesmärk tagada hankemenetluse õiguspärasus ja hankelepingu sõlmimisest huvitatud isikute õiguste efektiivne kaitse. Kuid jällegi oleks selline erisus võrreldes haldusõigusliku lähenemisega põhjendatud vaid siis, kui erisuse rakendamine looks kaebuse esitajale võimaluse hankelepingu sõlmimise saavutamiseks.

Vaidlustuse esitamise kaudu on praktikas püütud saavutada ka oma hankemenetlusest tulenevate õiguste ennetavat kaitsmist. 24.04.2013 esitas vastavaks tunnistatud pakkumuste järjestuses esikohal olnud pakkuja Nordecon AS vaidlustuse samas hankemenetluses osalenud, kuid tagasi lükatud pakkumuse teinud konkurendi ehk kolmanda isiku kvalifitseerimise otsuse peale.¹⁰⁵ Otsused hankemenetluses osalejate kvalifitseerimise ja kvalifitseerimata jätmise, pakkumuste vastavaks tunnistamise ja tagasilükkamise kohta tegi hankija ühe ja sama, st 15.04.2013 otsusega. Vaidlustuse esitamise ajal oli Nordecon AS vastavaks tunnistatud pakkuja järjestuses esikohal. Nordecon AS selgitas oma õiguste rikkumist ja põhjendatud huvi sellega, et kui kolmas isik vaidlustab oma pakkumuse tagasilükkamise otsuse ja see rahuldatakse, järjestuks vaidlustaja pakkumus kolmanda isiku pakkumuse järel teisele kohale ja samas jääks Nordecon AS kolmanda isiku edukalt lõppenud vaidlustuse tulemusena ilma õigusest vaidlustada kolmanda isiku õigusvastase kvalifitseerimise otsus. Kolmanda isiku vaidlustuse rahuldamise korral kaotaks vaidlustaja seega võimaluse hankemenetluses oma huvisid ja õiguseid kaitsta, mistõttu esitas vaidlustaja vaidlustuse enne kui kolmas isik ise oma pakkumuse tagasilükkamise otsuse vaidlustas. VAKO leidis oma 25.04.2013 otsuses 88-13/139004, et selline vaidlustus tuleb jätta läbi vaatamata ja tagastada vaidlustus vaidlustajale.

VAKO tugines oma põhjendustes mõistagi subjektiivsete õiguste kaitse põhimõttele ja selgitas, et RHS § 117 lõikest 1 tuleneva kaebeõiguse teostamiseks peab vaidlustatav hankija otsus üheaegselt olema õigusvastane ja rikkuma vaidlustaja õigusi. Kuivõrd RHS § 47 lõike 9 kohaselt ei osalenud kolmas isik pakkumuse tagasilükkamise tõttu enam hankemenetluses, ei saanud kolmanda isiku kvalifitseerimise otsus rikkuda Nordecon AS subjektiivseid õigusi osaleda hankemenetluses ja sõlmida hankeleping. Kaebeõigust hinnati kaebuse esitamise hetke seisuga, mille tulemusena järeldus, et ei VAKO, hankija ega kolmanda isiku võimalikust tegevusest tulevikus ei saa sõltuda vaidlustaja kaebeõigus kolmanda isiku kvalifitseerimise otsuse vaidlustamiseks hetkel, mil kolmas isik hankemenetluses ei osalegi.

¹⁰⁵ VAKO 25.04.2013 otsus 88-13/139004.

VAKO märkis ka seda, et isegi kui tunnustada sellises olukorras Nordecon AS kaebeõigust, ei oleks tema õigused kolmanda isiku kvalifitseerimise otsuse vaidlustamise kaudu kaitstavad, kuna vastavaks tunnistatud pakkujate järjestust ja lisaks Nordecon AS vaidlustusele esitatud teisi vaidlustusi arvestades ei ole Nordecon AS võimalus hankelepingu sõlmimiseks sõltuvuses kolmanda isiku kvalifitseerimise otsuse õiguspärasusest.

Niisiis asus VAKO seisukohale, et isiku kaebeõigus tekib hetkest, mil ta saab või peab teada saama, et hankija otsus rikub tema õigusi. Nordecon AS-l vaidlustuse esitamise hetkel sellist teadmist ei olnud ja kolmanda isiku kvalifitseerimise otsus ei rikkunud tema õigusi.

Kuigi vaidlustuses esitatud argumendid põhjendatud huvi olemasolu kohta põhinesid riigihankeõigusele omaselt laiendava tõlgendamise põhimõttele, oli VAKO otsus kaebeõiguse puudumise kohta igati vastavuses nii EL riigihankeõigusega kui siseriiklike riigihanke- ja haldusõiguse põhimõtetega. Ükski loetletud õigustest ei näe huvitatud isikutele ette oma õiguste ennetavat kaitsmist – isik saab oma õigusi kaitsta siis, kui rikkumine on toimunud ja ta oma õiguste rikkumisest teada saab. Halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS) § 44 lg 1 järgi võib isik halduskohtusse pöörduda üksnes oma õiguste kaitseks, sõnastus ei viita otsesõnu, kas vaidlustada võib juba toimunud rikkumisi või saab vaidlustada ka tulevikus tekkivat rikkumist. HKMS § 37 lõikes 2 loetletud kaebuse esemed viitavad aga juba antud haldusakti või tehtud toiminguga vaidlustamise võimalustele ning HKMS § 38 lg 1 p 9 nõuab, et kaebuse esitaja märgiks kaebuses muuhulgas ka seda, millal ja kuidas ta vaidlustatavast haldusaktist või toimingust teada sai. Nii võib öelda, et vähemalt haldusmenetluses kehtivate nõute kohaselt on vaidlustamiseks vajalik, et õiguste rikkumine oleks mingil kujul juba toimunud. RHS § 117 lõige 1 eeldab samuti seaduse rikkumise olemasolu, st vaidlustuse võib esitada isik, kes leiab (ehk saab teada), et hankija poolne seaduserikkumine kahjustab tema huve või rikub tema õigusi. Nordecon AS leidis, et kolmanda isiku kvalifitseerimine oli seadusevastane ja seega oli RHS § 117 lõikest 1 tulenev nõue õiguste rikkumise osas täidetud, kuid kerkis küsimus, kui kaugele see kaebeõigus laieneb ehk kas vaidlustust saab esitada tulevikus aset leidvate rikkumiste vaidlustamiseks. Kuna vaidlustusmenetlusse on üle võetud haldusõiguslik lähenemine ehk kaebeõiguse hindamine kaebuse esitamise hetke seisuga, siis tuleb sellist võimalust eitada. Tõenäoliselt ei annaks vastupidine lähenemine olulist eelist vaidlustuse lahendamisel, sest erinevalt juba toimunud sündmuste hindamisest ei ole võimalik õigusliku fakti jõudu omistada tulevikus toimuda võivatele sündmustele, tekitamaks piisavat alust vaidlustuse sisuliseks arutamiseks.

2.5. Vahekokkuvõte

Riigihangete seaduse alusel toimivas vaidlustusmenetluses on VAKO ja kohtud võtnud riigihankevaidluste lahendamisel aluseks haldusõigusele iseloomulikud põhimõtted, mis vajavad vaidlustusmenetluse kontekstis kohati teistsugust sisustamist. Haldusõiguses on kaitstavad kõik isikule avalikust õigusest tulenevad subjektiivsed õigused. Riigihankeõiguses piirduvad isiku kaitstavad subjektiivsed õigused sisuliselt ühe kaitstava huviga, milleks on õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus. Kaitstava huvi piiritletust tuleb meeles pidada ka kõikide muude põhimõtete kohaldamisel vaidlustusmenetluses. Põhjendatud huvi kaebeõiguse teostamiseks saab vaidlustusmenetluses seisneda vaid huvis hankelepingu sõlmimise võimaluse vastu. Seejuures tuleb mõistat huvi hankelepingu sõlmimiseks sisustada võimalikult laialt ja sellisel viisil, mis tagaks vaidlustusmenetluses isikule kõige paremini tema õiguste efektiivse kaitse.

Hankemenetluses osalemisest huvitatud isiku kaebeõiguse hindamisel on Eesti kohtupraktikas võetud üheks aluseks pakkuja esitatud kriteeriumitele vastavuse. Kaebeõiguse hindamise käigus tuleb RHS § 12 lõigete 3 ja 4 tõlgendamisel arvestada järgmiste põhimõtetega:

- 1) hankedokumentide vaidlustaja peab vastama pakkuja esitatud kriteeriumitele;
- 2) ühispakkujate poolt esitatud vaidlustuse korral saab vaidlustuse esitada see ühispakkuja, kes vastab pakkuja esitatud kriteeriumitele;
- 3) vaidlustuse esitaja peab esitama veenvad tõendid oma hankelepingu sõlmimise võimaluse usutava realiseerimise kohta.

See tähendab, et hankedokumentide vaidlustamiseks ei ole õigustatud iga isik, kes võib olla käsitletav pakkujana RHS § 12 lõike 3 sõnastuse mõistes ning väidab endal olevat huvi hankelepingu sõlmimise vastu, vaid selle huvi tõsiseltvõetavust tuleb vaidlustust läbivaatavale organile ja kohtule veenvalt kinnitada. Samuti peab väidetava huvi realiseerumise võimalus olema VAKO või kohtu jaoks usutav. Huvi loetakse tõsiseltvõetavaks, kui vaidlustuse esitaja tegevusvaldkond vastab hankemenetluse esemega seotud tegevusvaldkonnale. Kui hankemenetluses osalemisest on huvitatud ühispakkujad, saab hankedokumente vaidlustada see ühispakkuja, kes isiklikult vastab pakkuja esitatud kriteeriumitele vähemalt nõutud tegevusvaldkonna osas.

Hankelepingu sõlmimise võimaluse sisustamine Eesti vaidlustuspraktikas ei ole kooskõlas EL riigihankeõigusega ning Euroopa Kohtu praktikast tulenevate põhimõtetega. Huvi hankelepingu sõlmimise vastu tõlgendatakse kitsamalt kui direktiivi 2007/66/EÜ rakendamine seda eeldab. Hankelepingu sõlmimise võimalusena ei käsitleta olukordi, kus vaidlustuse rahuldamine tooks hankijale kaasa kohustuse toiminguteks, mis loovad vaidlustajale võimaluse hankelepingu sõlmimiseni jõudmiseks. Näiteks ei ole praktikas peetud põhjendatud huvi kaebuse esitamisel piisavaks olukorras, kus vaidlustuse rahuldamine oleks võinud viia käimasoleva hankemenetluse lõppemiseni ja eelduslikult uue hanke väljakuulutamiseni.

Vaidlustus- ja kohtupraktikas esineb seisukohti, et pärast hankemenetlusest kõrvaldamist, kvalifitseerimata jätmist või pakkumuse tagasilükkamist puudub isikul kaebeõigus hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks. Piisavat tähelepanu ei ole pööratud seejuures võimalusele, et vaidlustatavad otsused võivad olla tehtud riigihankeõigust rikkudes ning kaebeõiguse keelamine hankemenetlusest välja arvatud pakkujatele võib olla vastuolus direktiivi 2007/66/EÜ põhimõtete ja eesmärgiga tagada hankemenetluses osalevate või osalemisest huvitatud isikute õiguste tõhus kaitse ning riigihankeõigusest kinnipidamine hankemenetluses.

Kokkuvõte

Magistritöös uuriti kaebeõiguse eelduseid EL ja Eesti riigihankeõiguses. Töö esimene peatükk keskendus kaebeõiguse eelduste sisu väljaselgitamisele Euroopa Liidu õiguskaitsemeetmete direktiivide ning Euroopa Kohtu praktika põhjal. Teises peatükis kõrvutati EL riigihankeõigusest tulenevaid põhimõtteid Eesti riigihankeõiguse praktikaga ning hinnati Eesti vaidlustus- ja kohtupraktika vastavust EL riigihankeõigusele. Kaebeõiguse eeldustena uuriti kaebeõigust omava isiku määratlust, põhjendatud huvi käsitlemist, vaidlustatava hankija otsuse või tegevuse määratlust ning kaebetähtaja sisu. Töös püstitati kaks hüpoteesi. Esimese hüpoteesi järgi piirab haldusõiguslike põhimõtete kohaldamine Eesti siseriiklikus vaidlustusmenetluses pakkujate õiguste kaitse efektiivsust. Teise hüpoteesi kohaselt säilib hankemenetluses osalenud pakkujal põhjendatud huvi hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks ka pärast seda, kui hankija on pakkuja hankemenetlusest kõrvaldanud, kvalifitseerimata jätnud või tema pakkumuse tagasi lükanud.

EL õiguskaitsemeetmete direktiiviga 2007/66/EÜ on liidu liikmesriikidele kehtestatud raamistik ning miinimumnõuded siseriiklikus õiguses õiguskaitsemeetmete kehtestamiseks, kuid olulise täienduse annab direktiivist tulenevatele nõuetele Euroopa Kohtu praktika riigihankeõiguse küsimustes. Kohtupraktikaga on täpsemalt sisustatud ka kaebeõiguse eelduseid ning põhimõtteid.

EL riigihankeõigust ja praktikat kaebeõiguse eelduste küsimustes iseloomustab mõistete väga lai käsitus. Kaebeõiguse hindamisel kehtib põhimõte, et kõiki kaebeõiguse eeldusi tuleb sisustada ja tõlgendada viisil, mis oleks koosõlas direktiivi 2007/66/EÜ eesmärgiga tagada kiire ja efektiivne õiguste kaitse riigihankeõiguse rikkumiste korral. Meeles tuleb pidada, et kaebeõigus kannab eelkõige hankija tegevuse kontrollimise funktsiooni, kuid samal ajal ei saa ära unustada ka hankemenetluse lõppeesmärki, milleks on asja või teenuse ostmine. Nii kaasneb riigihankeõiguses kaebeõiguse hindamisega pidevalt tasakaalu otsimine hankelepingu sõlmimise protsessi õiguspärasuse tagamise ning hankemenetluse eesmärgi saavutamise vajaduse vahel. Direktiivi 2007/66/EÜ sõnastus ning Euroopa Kohtu praktika kaebeõiguse küsimustes näitab, et hankelepingu sõlmimiseni viiva protsessi õiguspärasuse tagamise tähtsust ei ole hankemenetluse eesmärgi kõrval kuidagi vähendatud. Kohtupraktikas kujundatud põhimõtted loovad avarad eeldused hankelepingust huvitatud isikute õiguste kaitseks. Kaebeõiguse eelduste kontekstis väljendub see järgnevas.

Kaebeõigust omavate isikute hulka loetakse lisaks hankemenetluses pakkumuse esitanud isikutele ka need, kes ei saa hankemenetluses osaleda hankijast tingitud takistuse tõttu ning isegi pakkujad, kes on hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud või kelle pakkumus on tagasi lükatud. Kuna põhjendatud huvina käsitletakse üksnes hankelepingu sõlmimise huvi, lähtub EL riigihankeõigus põhimõttest, et kõik riigihankeõigust rikkudes tehtud hankija otsused peavad kuuluma vaidlustamisele, sest kaebuse tulemus võib oluliselt mõjutada hankemenetluses osalevate isikute võrdset kohtlemist ning võimalusi hankelepingu sõlmimiseks.

EL riigihankeõiguses sisustatakse põhjendatud huvi ehk hankelepingu sõlmimise võimalust väga laialt ning viisil, mis tagaks isikule kaebeõiguse võimalike riigihankeõiguse rikkumiste kontrollimiseks. Samasuguse sisustamise kohustus tuleneb EL riigihankeõigusest ka liikmesriikidele. Teisisõnu tuleb põhjendatud huvi olemasolu kontrollimisel pöörata suurt tähelepanu iga juhtumi asjaoludele, sest ainult juhtumile omased konkreetsed asjaolud võimaldavad hinnata hankelepingu sõlmimise võimaluse olemasolu.

Vaidlustatava hankija otsuse või tegevusena käsitletakse praktiliselt iga otsust või tegevust, mis on tehtud seoses riigihankedirektiivide kohaldamisalasse kuuluva hankemenetlusega ja mis omab õiguslikke tagajärgi. Üheselt on välistatud hankemenetluse ettevalmistamisega ning sellele eelnevate turu-uuringute korraldamisega seotud otsuste ja tegevuste vaidlustamine. Muid üheseid piiranguid vaidlustatava hankija otsuse või tegevuse määratlemisele EL riigihankeõigusest või kohtupraktikast ei tulene. Otsuse või tegevuse vaidlustatavus saab jällegi selguda eelkõige konkreetse juhtumi asjaolude põhjal.

Kaebetähtajad on hankemenetluses lühikesed ning nende ennistamise võimalust EL riigihankeõigus otseselt ette ei näe. Hankemenetlusele on iseloomulik, et hankija rikkumised võivad ilmned pärast kaebetähtaegade möödumist. Kui kaebetähtaeg möödub isiku jaoks hankija tegevuse tulemusena (riigihankeõiguse rikkumine või muul moel mulje loomine kaebuse esitamise aluse puudumisest), EL kohtupraktikast tulenevalt peavad liikmesriigid tõlgendama siseriiklikku õigust või kohaldama ainult EL õigust nii, et kaebetähtaega oleks võimalik ennistada või pikendada.

Eesti riigihankeõiguse senine praktika ei ole kõikides kaebeõiguse eelduste küsimustes vastav EL riigihankeõigusest tulenevatele kohustustele ja põhimõtetele. Töös püstitati hüpotees, mille järgi piirab haldusõiguslike põhimõtete kohaldamine Eesti siseriiklikus vaidlustusmenetluses

pakkujate õiguste kaitse efektiivsust. See hüpotees leidis töö käigus ka kinnitust. Uurimise käigus selgus, et VAKO ja kohtute lahendites tuginetakse kaebeõiguse küsimuste hindamisel olulisel määral haldusõigusele omastele põhimõtetele, mille rakendamisel ei pöörata kohati piisavalt tähelepanu nende tähenduse ja sisu teatavale erinevustele riigihankeõiguse kontekstis. Neid erisusi on lühidalt kirjeldatud töö teise peatüki alguses. Kokkuvõtvalt peaks erisustega arvestamine seisnema selles, et kaebeõigust tuleb riigihankeõiguses hinnata alati hankelepingu sõlmimise võimaluse kui ainsa vaidlustusmenetluses kaitstava huvi perspektiivist. See perspektiiv annab haldusõigusele iseloomulikele põhimõtetele riigihankeõiguses teistsuguse tähenduse, millega arvestamata jätmine võib viia kaebeõiguse hindamisel otsusteni, mis on vastuolus EL riigihankeõiguse ning kohtupraktikaga.

Kõige selgemalt ilmnes puudus VAKO ja kohtute põhjendatud huvi käsitlemise puhul trammide hanke kaasuses, kus EL riigihankeõiguse järgi tulnuks hankelepingu sõlmimise võimalust riigihankeõiguse kontekstis tõlgendada oluliselt laiemalt kui VAKO ja kohtud seda tegid. VAKO ja kohus ei aktsepteerinud hankelepingu sõlmimise võimalusena olukorda, kus kaebuse rahuldamine oleks võinud kaasa tuua hanke lõpetamise vastavate pakkumuste puudumise tõttu ning uue hanke algatamise võimaluse. EL riigihankeõiguse kohaselt tulnuks sellise võimaluse saavutamine lugeda piisavaks põhjendatud huviks. Riigihankeõiguses saab hankelepingu sõlmimise võimalust sisustada väga erinevate argumentidega, samal ajal kui haldusõiguses ei ole põhjendatud huvi niivõrd lai käsitus tavapärane. Seega võis VAKO ja kohtute haldusõigusest mõjutatud lähenemine kaebeõiguse hindamisel piirata kõnealusel juhul pakkujate õiguste efektiivset kaitset.

Teise töös püstitatud hüpoteesi kohaselt säilib hankemenetluses osalenud pakkujal põhjendatud huvi hankija edasiste otsuste vaidlustamiseks ka pärast seda, kui ta on hankija otsusega hankemenetlusest kõrvaldatud, kvalifitseerimata jäetud või tema pakkumus on hankemenetluses tagasi lükatud. Seda küsimust analüüsiti töös Eesti riigihankeõiguse valguses. Analüüsi tulemusena jõudis autor järeldusele, et hankemenetlusest välja arvatud pakkujal säilib kaebeõigus vähemalt kuni VAKO vastavasisulise otsuse jõustumiseni ning VAKO lahendi edasikaebamisel kuni edasikaebamise kohta tehtava kohtulahendi jõustumiseni, sest kuni selle ajani säilib võimalus, et isiku õiguslik seisund hankemenetluses osaleva pakkujana ei muutu. See tähendab, et ka hankijad ei saa RHS § 39 lg 7 ja § 47 lg 9 alusel käsitleda hankemenetlusest välja arvatud pakkujaid kohe pärast vastava otsuse tegemist kui isikuid, kellel puudub kaebeõigus hankija edasiste otsuste suhtes. Kaebeõiguse säilimist pärast hankemenetlusest välja arvamist toetab ka EL õiguskaitsemeetmete direktiivide eesmärk ning Euroopa Kohtu

praktika, mille järgi ei ole välistatud kaebeõiguse võimaldamine konkurendi kohta tehtud otsuste vaidlustamiseks ka õiguspäraselt hankemenetlusest välja arvatud pakkujale. See tuleb kõne alla eelkõige siis, kui edasises hankemenetluses panakse toime selliseid hankijapoolseid õigusrikkumisi, mille vaidlustamine võiks kaasa tuua hankemenetluse kehtetuks tunnistamise, hankelepingu tühistamise või uue hanke korraldamise võimaluse. Seega tuleb asuda seisukohale, et EL direktiividest ja Euroopa Kohtu seisukohtadest tulenevalt võib pakkujal säilida kaebeõigus ka pärast seda, kui hankija on teinud otsuse tema kõrvaldamise, kvalifitseerimata jätmise või pakkumuse tagasilükkamise kohta, olenemata otsuse õiguspärasusest. Järelikult on ka töös püstitatud teine hüpotees uurimise käigus kinnitust leidnud.

Magistritöö tulemusena selgitati välja kaebeõiguse eelduste sisustamise võimalused riigihankeõiguses. Seejuures tuvastati, et Eesti kohtupraktikas esineb kaebeõiguse eelduste sisustamisel ja hindamisel vastuolusid EL riigihankeõiguse ning Euroopa Kohtu seisukohtadega, mis võib olla tingitud haldusõiguslike põhimõtete kasutamisest riigihankeõiguses kaebeõiguse eelduste hindamisel. Uurimise käigus ja töö tulemusena esitatud järeldused peaks muuhulgas aitama juhtida tähelepanu haldusõiguse ja riigihankeõiguse omavahelise suhestumise probleemidele riigihankeõiguse kontekstis ning selle mõjudele vaidlustuspraktikas.

Premises for challenge in the public procurement review procedure according to European Union and Estonian law

Abstract

Due to the strict rules for the procurement procedures, significant amount of money and competition related to public contracts there are many possibilities for violations concerning the award of the public contract. The European Union (EU) has emphasized the importance of following the rules for procurement procedures. The EU has also made efforts to assure the enforcement of these rules by issuing remedies directives for the review procedure.

The fundamental regulation for the public procurement review procedure derive from the remedies directives issued by the EU. In order to apply the regulation to all the member states the regulation is general in nature and prescribe only general requirements and boundaries for regulating the review procedure in national law. It is up to member states to establish more specific rules for the review procedures in national law but it must be done in accordance with the EU respective law. In addition to remedies directives the important part of the European Union law is the practice of the Court of Justice of the European Union (ECJ). The ECJ usually specify and interpret the general language of the EU law and it has also given the interpretations and meanings to provisions in the remedies directives.

The purpose of the master thesis was to examine the premises for challenging in the public procurement review procedure in EU and national (Estonian) law. The aim of the examination was to find out the meaning and content of the premises for challenging in the review procedures according to EU law and ECJ law. Since the principles and statements deriving from the ECJ law are mandatory to review committees and courts in member states the aim was also to compare the practice of the ECJ with the practice of the Estonian court and review committee in order to evaluate the compliance of the latter with the EU and ECJ law.

Two hypothesis were posed in the master thesis:

- 1) applying the principles immanent to administrative law in public procurement review procedures leads to the restriction of the effective legal protection;
- 2) the tenderer will retain the legal standing for appeal against the decisions made by the contracting authority during the procurement procedure even after the tenderer has been

excluded from the procurement procedure, has been disqualified or its tender has been rejected.

In order to control the given hypothesis the law and practice of the EU and ECJ was analysed in the first chapter of the thesis. The main outcome from the first chapter was that the content and the exact interpretation of the main premises of appeal were clarified. Premises of challenging that were examined in the first chapter concerned the person with the right of appeal, the time limits for the review procedure, the decisions of the contracting authority to appeal and the sufficient interest for bringing review proceedings.

In the second chapter the practice and law of the Estonia was examined and compared with the outcome from the first chapter. The first observation from the second chapter were that Estonian Review Committee and courts have specified some aspects about premises for challenging which help to restrict the malicious appeals in the procurement procedure. These restrictions are in compliance with the EU law. The other conclusion was related with the interpretation of the premise named the sufficient interest for bringing proceedings. The Review Committee and courts in Estonia tend to narrow the meaning of the sufficient interest which restrict the right of the tenderer to challenge the illegal decisions made by the contracting authority. The author of the thesis suggest that the described result is the outcome for the first thesis and therefore the first thesis was confirmed. Since the procurement procedure in Estonia is by nature similar to the administrative proceedings, it is easy for the judges in Review Committee or in courts to rely on the principles originated from the administrative law. This is not essentially wrong but it must be beared in mind that these principles might have the slightly different meaning in the context of the public procurement law. If the court of the Review Committee fail to acknowledge the fact, it might lead to decisions about the right of appeal that are in conflict with the EU law and ECJ practice.

The second thesis was also confirmed due to the outcome of the second chapter. The examination of the court and Review Committee cases implied that in Estonia the tenderer is considered to has been deprived of the right of challenge after the exclusion, disqualification or rejection of the tender. As to the practice of the ECJ the tenderer is ought to retain the right of appeal concerning the contracting authority's further decisions in procurement procedure, especially when there is a clear and serious breach of the EU public procurement law. The serious violation of the EU law might lead to the situation where the procurement procedure

would be annulled and then the appellant will potentially have the chance to participate in the procurement procedure and to gain the award of the contract.

As a result the author of the master thesis draw the attention to the outcome that some aspects of the Estonian practice about premises for challenging in review proceedings are not in accordance with the EU law and ECJ practice. In conclusions of the thesis it was also pointed out that it is important for the judges to acknowledge the different meaning of the administrative principles in the public procurement law context.

Kasutatud kirjandus

Kirjandus:

1. Albert Sanchez Graells. Public Procurement and the EU Competition Rules. Hart Publishing 2011.
2. Arrowsmith, S. The law of Public and Utilities Procurement. Sweet and Maxwell 2005, London.
3. Aedmaa, A., Lopman, E, Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu ülikooli kirjastus, 2004.
4. Bovis, C.H. EU Public procurement law. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012.
5. Dahlgaard Dingel, Dorte. Public Procurement. A harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law. Kluwer Law International, 1999.
6. Koninck, C.D., Flamey, P. „European Public Procurement Law. Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Text and analysis.“ Kluwer Law International, 2009.
7. Merusk, K., Koolmeister, I. Haldusõigus. Tallinn, Õigusteabe AS Juura, 1995.
8. Merusk, K. Pilving, I. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2013.
9. Teumer, S., Lichere, F (editors). Enforcement of the EU public procurement rules. Djof Publishing. Kopenhagen, 2011.
10. Trepte, P. Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press, 2004.
11. Trepte. P. Public procurement in the EU. A practitioner's guide. Oxford University Press, 2007.

Artiklid:

12. Bailey, S.H. Chandler in the Court of Appeal: the issue of standing: R. (on the application of Chandler) v secretary of State for Children, Schools and Families. P.P.L.R., 2010, nr 2.

13. Bovis, C.H. Public Procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions. C.M.L.R., 49, 2012.
14. Dischendorfer, M. „Case Comment: Challenging discriminatory technical specifications under the Remedies Directives: the Grossmann case“. P.P.L.R., 2004, nr 4.
15. Donnelly, Catherine. Remedies in public procurement law in Ireland. P.P.L.R., 2009.
16. McGovern, P. „Ireland: standing to challenge decisions and the effect of amending framework agreements to make them mandatory: the case of Copymoore Ltd and others v Commissioners of Public Works in Ireland“. P.P.L.R. 2013, 5.
17. Merusk, K. Halduslepingu vaidlustamine halduskohtus: probleemid ja võimalikud lahendused. Juridica 1999, nr 9.
18. Reich, A. ja teised autorid. „The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform“. P.P.L.R. 2014, 2.

Õigusaktid:

19. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. ELT C 326/1, 26.10.2010.
20. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18EÜ, 31.03.2004, ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. ELT L 134.
21. Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. ELT L 076, 23.03.1992.
22. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. ELT L 335, 20.12.2007.
23. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetluste kooskõlastamise kohta. ELT L 134, 30.04.2004.
24. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64.
25. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. ELT L 94, 28.03.2014.

26. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. ELT L 94, 28.03.2014.
27. Riigihangete seadus. Vastu võetud 24.01.2007. RT I 2007, 15, 76.
28. Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus. Vastu võetud 18.04.2007. RTL 2007, 34, 599.
29. Haldusmenetluse seadus. Vastu võetud 06.06.2001. RT I 2001, 58, 354.
30. Halduskohtumenetluse seadustik. Vastu võetud 27. 01.2011. RT I, 23.02.2011, 3.

Euroopa kohtupraktika:

31. Euroopa Kohtu 15.03.1973 otsus asjas 37/72 *Antonio Marcato v Commission of the European Communities*, EKL 1973, lk 00361.
32. Euroopa Kohtu 28.10.1999 otsus asjas C-81/98 *Alcatel Austria AG jt versus Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, p 35. ELK 1999.
33. Euroopa Kohtu 15.05.2003 otsus asjas C-214/00, *Commission of the European Communities vs Kingdom of Spain*, EKL I-4667.
34. Euroopa Kohtu 29.04.2004 otsus asjas C-496/99P *Succhi di Frutta*, p 59. EKL 2004, lk I-03801.
35. Euroopa Kohtu 12.02.2004 otsus asjas C-230/02 *Grossmann Air Service Bedarfsluftfahrunternehmen GmbH & Co KG v Austria*. EKL.2004 I-01829
36. Euroopa Kohtu 28.01.2010 otsus asjas C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd versus NHS Business Services Authority*. EKL 2010, I-00817.
37. Euroopa kohtu 08.05.2014 otsus asjas C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox and Others versus Acquedotto Pugliese SpA*. EKL.
38. Euroopa Kohtu 27.02.2003 otsus asjas C-327/00 *Santex SpA versus Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*. EKL.
39. Üldkohtu 20.03.2013 otsus asjas T-415/10 *Nexans France versus ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõtte*. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.
40. Euroopa Kohtu 14.01.1993 otsus asjas C-257/90 *Italsolar SpA vs Euroopa Ühenduste Komisjon*. EKL, 1993, I-00009.
41. Üldkohtu 22.05.2012 otsus asjas T-17/09 *Evropaiki Dynamiki vs. Komisjon*, p 117. Kohtulahendite kogumikus veel avaldamata.
42. Euroopa Kohtu 09.06.2011 otsus asjas C-401/09 *Evropaiki Dynamiki*. EKL 2011, I-04911.
43. Euroopa Kohtu 20.05.1987 otsus asjas C-432/85 *Souana vs komisjon*. EKL 1987, 02229.

44. Üldkohtu 10.12.2009 otsus asjas T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken NV vs Euroopa Komisjon*. EKL, 2009 II-04439.
45. Euroopa kohtu 19.06.2003 otsus asjas C-249/01 *Werner Hackermüller v Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) and Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, EKL, 2003 I-06319.
46. Euroopa Kohtu 29.12.2009 otsus asjas C-305/08 *CoNISMa*.
47. Euroopa Kohtu 19.06.2003otsus asjas C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH ja teised versus Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*. EKL. 2003, I-06413
48. Euroopa Kohtu 18.06.2002 otsus C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) versus Stadt Wien*. EKL 2002, lk I-05553.
49. Iirimaa Ülemkohtu 02.04.2009 otsus *Ryanair v Minister for Transport*, IEHC 171.
50. Inglismaa apellatsioonikohtu otsus *Chandler v Camden LBC; Chandler v Secretary of State for Children, Schools and Families* [2009] EWCA Civ 1011.

Eesti kohtupraktika:

51. Riigikohtu 04.11.2002 otsus asjas 3-3-1-47-02.
52. Riigikohtu 08.10.2002 määrus asjas 3-3-1- 56-02.
53. Riigikohtu 17.11.2005 otsus asjas 3-3-1-54-05.
54. Riigikohtu 27.09.2005 otsus asjas 3-3-1-47-05.
55. Riigikohtu 09.05.2007 määrus asjas 3-3-1-23-07.
56. Riigikohtu 02.04.2009 otsus asjas 3-3-1-100-08.
57. Riigikohtu 06.05.2009 otsus asjas 3-3-1-21-09.
58. Riigikohtu 21.06.2010 otsus asjas 3-3-1-24-10.
59. Riigikohtu 18.02.2010 otsus asjas 3-3-1-88-09.
60. Riigikohtu 09.06.2010 otsus asjas 3-3-1-32-10.
61. Riigikohtu 14.04.2010 määrus asjas 3-3-1-99-09.
62. Riigikohtu 12.10.2011 otsus asjas 3-3-1-31-11.
63. Riigikohtu 22.12.2011 määrus asjas 3-3-1-52-11.
64. Riigikohtu 08.10.2012 määrus asjas 3-3-1-30-12
65. Riigikohtu 29.11.2012 otsus asjas 3-3-1-29-12.
66. Riigikohtu 21.06.2013 määrus 3-3-1-30-13.
67. Riigikohtu 07.10.2013 määrus asjas 3-3-1-44-13.
68. Tallinna Ringkonnakohtu 14.03.2014 määrus asjas 3-14-50271 (Contrailer OÜ).

69. Tallinna Ringkonnakohtu 28.05.2014 määrus asjas 3-14-50835.
70. Tallinna Ringkonnakohtu 28.05.2014 lahend asjas 3-14-50835.
71. Tallinna Halduskohtu 31.03.2014 määrus haldusasjas nr 3-14-50374.
72. Tallinna Halduskohtu 20.05.2014 määrus asjas 3-14-50835.
73. VAKO 30.05.2011 otsus nr 103-11/123879.
74. VAKO 30.05.2011 otsus nr 103-11/123879
75. VAKO 10.12.2012 otsus nr 225-12/134921.
76. VAKO 21.03.2013 otsus nr 51-13/134921.
77. VAKO 25.04.2013 otsus nr 88-13/139004.
78. VAKO 10.05.2013 otsus nr 71-13/141768.
79. VAKO 26.03.2014 otsus nr 64-14/142343 (SIA-JO).
80. VAKO 29.05.2014 otsus nr 119-14/150821.
81. VAKO 01.07.2014 otsus nr 158-14/153159.
82. VAKO 11.07.2014 otsus nr 161-14/152349.

Muud kasutatud materjalid:

83. Kohtujuristi 23.09.2004 ettepanek asjas C-26/03 *Stadt Halle vs Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.
84. Rahandusministeeriumi riigihangete juhise, 2014. Elektrooniliselt kättesaadav: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca%26groupId%3D11726
85. Public Contracts Regulations 2006. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/5/regulation/47/made>
86. The Public Contracts Regulations 2006, No 5. England, Wales, Northern Ireland. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/5/pdfs/ukxi_20060005_en.pdf
87. Inglismaa kohtupraktika andmebaas: www.bailii.org
88. Lepik, L. Hankeasja vaidlustusmenetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis ja halduskohtus ning nende vastavus Euroopa Liidu riigihankeõigusele. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2014.
89. Saar, K. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2014.
90. Teelahk, A. Riigihangete vaidlustamine vaidlustuskomisjonis: menetlus ja praktika (2008-2011). Tartu Ülikool, 2013.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kadi Laanemäe,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Kaebeõiguse eeldused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses“,

mille juhendajad on dotsent Carri Ginter ja Triin Väljaots,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **04.05.2015**